Grundrechte
und
Polizeigewalt.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg/L.

Vorgelegt von
Heinz Adolf Brieger
Gerichtsreferendar
aus Breslau.

Marburg 1932.

Druck: Münsterberger Zeitung, G. m. b. H., Münsterberg i. Schl.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 2. November 1931.

Berichterstatter: Professor Dr. jur. Dr. phil. Felix Genzmer.

Meiner Mutter.

Schriften-Nachweis.[1])

Anschütz: Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht. 2. Auflage 1901. (Anschütz, Theorien.)

Anschütz: Kommentar zur preußischen Verfassungsurkunde. Band 1 1912. (Anschütz I.)

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. 11. Auflage 1929. (Anschütz II.)

Arndt: Das selbständige Verordnungsrecht (selbst. V. O. R.).

Bühler: Die subjektiv öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung 1914. (Subj. öfftl. R.)

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 3. Auflage 1913 und 8. Auflage 1928.

Förstemann: Prinzipien des preußischen Polizeirechtes 1869. (Prinzipien.)

Gg. Jellinek: Gesetz und Verordnung. 1887.

W. Jellinek: Verwaltungsrecht. 2. Auflage 1929. (Verw. R.)

Kerstiens: „Die Reform des Polizeirechts in Preußen“ im Verwaltungsarchiv Band 30 Heft 2 S. 206 ff. 1931.

C. F. Koch: Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts 1857.

Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 1. Auflage 2. Band S. 202 ff, 217; 5. Auflage S. 87 ff.

Loening: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts 1884.

F. F. Mayer: Grundsätze des Verwaltungsrechts. 1862.

Gg. Meyer: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 1. Auflage.

v. Mohl: Enzyklopädie der Staatswissenschaften. 1859. (Mohl I.)

v. Mohl: Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats. 1866. 3. Auflage. 1. Band (Mohl II).

v. Rönne: Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat. 1859. 3. Auflage.

Heinrich Rosin: „Der Begriff der Polizei und der Umfang des polizeilichen Verfügungs- und Verordnungsrechts in Preußen“ im Verwaltungsarchiv. 3. Band 1895. (Archiv-Band III.)

---

[1]) Die Klammern geben die Abkürzungen im Text an.

Heinrich Rosin: Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. 1895. 2. Auflage. (Rosin Pol. V. O. R.)

Smend: Die preußische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der belgischen. 1904.

Lorenz Stein: Die Lehre von der vollziehenden Gewalt, ihr Recht und ihr Organismus. 1865.

v. Stockmar: Studien zum preußischen Staatsrecht. 1865.

Richard Thoma: „Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht“ in der Festgabe für Otto Mayer. 1916. (Thoma I.)

Richard Thoma: „Grundrechte und Polizeigewalt“ in der Festschrift für das Oberverwaltungsgericht. 1925. (Thoma II.)

Richard Thoma: „Einleitung“ in Nipperdey's Handbuch „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen“.

Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat, herausgegeben vom Patriotischen Verein zu Königsberg in Preußen 1863.

Die Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850. Mit Erläuterung herausgegeben von dem Vereine der Verfassungsfreunde, Königsberg in Preußen. 4. Auflage.

Die neue preußische Verfassung gegeben seinem Volke von Friedrich Wilhelm IV. am 5. Dezember 1848. Berlin 1848. Verlag Ferdinand Reichhardt & Co.

Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts. (O. V. G. E.)

Entscheidungen des Reichsgerichts. (R. G. Z. oder R. G. Str.)

Ferner die in den Textanmerkungen herangezogenen Schriftsteller.

Gliederung.

I.

Einleitung.

II.

Der Umfang der Polizeigewalt bis zum Auftreten der Grundrechtsbestimmungen im preußischen Staatsleben.

III.

Wechselseitige Einwirkung von Grundrechten und Polizeigewalt im konstitutionellen Preußen.

IV.

Ausgewählte Fragen über die wechselseitigen Einwirkungen von Grundrechten und Polizeigewalt im heutigen Recht.

§ 1.

Einmal ist bisher das vorstehende Thema bearbeitet worden. Es geschah dies durch den viel genannten Aufsatz von Thoma in der Festschrift für das Oberverwaltungsgericht, 1925. Es ist notwendig darzutun, aus welchem Grunde Verfasser sich seinerseits mit der Frage beschäftigte, obschon das Schrifttum sich in starker Zustimmung mit dem Inhalt der Abhandlung einverstanden erklärt und die dort gezeitigten Ergebnisse zum Teil fest übernommen hat. Die Ausführungen von Thoma wollten namentlich den materiellen Grundrechtsbegriff des heutigen Reichsrechts in seinen verschiedenen Abstufungen erarbeiten. Es sei davon abgesehen, daß auch diesen Ergebnissen zu einem kleinen Teil widersprochen werden kann, weiterhin auch Einzelfragen noch durchzuprüfen wären. Der Gegenstand „Grundrechte und Polizeigewalt" erschöpft sich nicht in der Klassifikation des heutigen inhaltlichen (materiellen) Grundrechtsbegriffs, gemessen an der allgemeinen staatlichen Zwangs-(Polizei-)Gewalt. Das Problem ist weit umfassender, als es in dem fraglichen Aufsatz behandelt wird. Es ist nicht nur zu klären, inwieweit der heutige Grundrechtskomplex die Machtbefugnisse der Polizei beschränkt hat und selbst wieder durch deren besondere Vollmachten eingeengt wird, sondern das frühere Recht muß gleichfalls erörtert werden. Es versteht sich bei derartiger Aufgabenstellung nicht ohne weiteres, daß nur der gegenwärtige Rechtszustand zu erörtern ist. Am stärksten und in der ihrem Inhalte nach am meisten umstrittenen Weise haben beide Begriffe im Staatsleben in zurückliegender Zeit aufeinander eingewirkt, als die Rechtsinstitution der Grundrechte begründet wurde. Sie wurden ja als Gegenmittel gegen die vollziehende Gewalt feierlich eingesetzt. Eine Bearbeitung unseres Problems sollte daher nicht auf die augenblickliche Rechtslage beschränkt sein. Die früheren Fragen sind, noch ehe sie grundsätzlich geklärt und in ein geordnetes System gebracht waren, von der Staatsumwälzung überrascht worden. Obwohl man gerade kurz vor 1918 durch die Arbeiten von Bühler und Thoma zu neuen Erkenntnissen gekommen war und von diesem neue Ergebnisse in Aussicht gestellt wurden [1], ist die Auseinandersetzung über das altpreußische Grundrechtsproblem verstummt und, wie das heutige Schrifttum zeigt, völlig abgebrochen. Die umfassendere Behandlung des Problems rechtfertigt sich ferner dadurch, daß einige heute erörterte Grundrechtsfragen bereits Streitfragen des alten Rechts waren. Wenn man der Beantwortung strittiger Grundrechtsfragen nachgeht, so muß man ihre Lösung zum Teil im alten Recht suchen. In vorliegender Arbeit soll zum ersten Male das Problem „Grundrechte und Polizei-

---

[1]) Thoma, Festg. S. 221: „Das sind Andeutungen! Ich hoffe, genaueres in künftiger Untersuchung geben zu können."

gewalt" unter Sichtung des Gesetzesmaterials und des Schrifttums der alten und neuen Zeit bearbeitet werden. Die Arbeit soll das ergänzen, was an Einschlägigem in den allgemein gehaltenen reichsrechtlichen Untersuchungen von Thoma nicht behandelt worden ist. Hinsichtlich des neuen Rechts geben vielfach schon die umfangreichen Kommentare zur R. V. Auskunft, nur daß eine ausdrückliche Bezugnahme auf das Problem und eine einheitliche Zusammenstellung der hier einschlägigen Bestimmungen bislang fehlen. Es wird genügen, auf diese Erörterungen zu verweisen. Auf einzelne Streitfragen des heutigen Rechts wird nur dort einzugehen sein, wo sich aus den Untersuchungen des alten Rechts eine Entscheidung ergibt.

Bei der Wahl einer Aufgabe wie der obigen könnte dem Verfasser der Vorwurf gemacht werden, die Fragestellung sei zu allgemein, infolgedessen könne die Darstellung nur unklar werden. Die Bearbeitung der gleichen Frage durch Richard Thoma schützt nicht vor einem solchen Vorurteil. Es bedarf demnach noch eines genauen Umrisses der Aufgabe: Mit der Fassung des Problems als „Grundrechte und Polizeigewalt" — ohne jegliche Spezifizierung — wird die Frage zur Behandlung gestellt, in welchem Verhältnisse die beiden Begriffe zueinander stehen. Zunächst wäre festzustellen, was jeder der Begriffe umfaßt und dann wären ihre Beziehungen zueinander zu klären. Bei den beiden Begriffen kann es nicht zweifelhaft sein, daß das Verhältnis beider zueinander — wie das Schneiden zweier Kreise im Raum — in gemeinsamer Berührung, Einwirkung und Veränderung eines durch den anderen bestehen kann. Eine strenge Trennung in Bestimmung der Begriffe einerseits, Behandlung des Verhältnisses der festgelegten Begriffe zueinander auf der anderen Seite, ist nicht möglich, da die Grundrechte erst als Gegenmittel gegen die vollziehende Gewalt entstanden und groß geworden sind, ihre Erkenntnis und inhaltliche Bestimmung erst auf Grund ihrer Wirkung auf die vollziehende Gewalt erfolgen können [1]. Das Problem kann nicht in vollster Allgemeinheit, d. h. allüberall erörtert werden, wo Grundrechte aufgetreten sind, also auch auf die vollziehende Gewalt eingewirkt haben. Die verschiedenen staatsrechtlichen Verhältnisse und Gesetze verhindern eine einheitliche Behandlung der Frage für alle Staaten. Das Verhältnis von Grundrechten und Polizeigewalt kann in seiner Gesamtheit hier nur im Rahmen des preußisch-deutschen Staats- und Verwaltungsrechts behandelt werden. Nochmals sei hervorgehoben, daß die Aufgabe nicht nur die Frage enthält, inwieweit die Grundrechte die Polizeigewalt beschränken und beschränkt haben, sondern daß gerade auch zu entwickeln ist, in welchem Umfange durch besondere Vollmachten die Polizeigewalt die Grundrechte überwindet und überwunden hat. Der Gegenstand der Bearbeitung verlangt — in Beziehung auf ein

[1]) Es kommen hier nur die Grundrechte des sogenannten „status negativus" in Frage, Ansprüche auf Unterlassung. Diese sogenannten bürgerlichen Rechte — im Gegensatz zu den staatsbürgerlichen status activus — traten bei Erlaß der Verfassungen zunächst allein als Grundrechte auf.

Staatsgebiet — die Untersuchung, welche wechselseitigen Einwirkungen von Grundrechten und Polizeigewalt stattgefunden haben.

§ 2.

Es ist zunächst Begriff und Umfang der Polizeigewalt bis zur Zeit des Inkrafttretens der Grundrechte festzustellen, um danach die seit dem Erlaß der 50er Verfassung mit ihren Begleitgesetzen erfolgten Rechtsveränderungen erkennen zu können. Aus diesen Ergebnissen können dann bei zweifelhafter Auslegung nicht nur schlechthin die Einwirkungen von den in der Verfassung enthaltenen Bestimmungen auf die Polizeigewalt bemessen, sondern auch positiv die Grundrechte teilweise bestimmt werden, soweit sie nämlich den sogenannten „status negativus" betreffen.

1. Der Begriff der Polizeigewalt im allgemeinen.

„Polizei" umfaßte als Begriff ursprünglich die Gesamtheit der inneren Staatstätigkeit, späterhin nur noch die innere Verwaltung unter Ausscheidung der besonderen staatlichen Betätigungsgebiete: Justiz, Finanz, Heerwesen und Aeußeres. Der Begriff „Polizei" wandelte sich insofern, als er im Verkehr zur Kennzeichnung der Stellen verwandt wurde, die mit jener Tätigkeit befaßt waren.

Die Frage nach der Polizeigewalt könnte zweierlei betreffen: Einmal die tatsächlichen Machtverhältnisse und -Mittel, die der Polizei, d. i. der Polizeibehörde, zur Verfügung stehen. Weiter aber auch die rechtlichen Handhaben und Eingriffsmöglichkeiten in die Sphäre Dritter, denen durch die physischen Gewalt- und Machtmittel Rückhalt gegeben ist. Hier in wissenschaftlicher Untersuchung kann es sich nur darum handeln, die Rechtsbefugnisse der Polizei zu Eingriffen zu klären. Daß diese rechtliche Gewalt mittels entsprechender tatsächlicher Gewalt durchsetzbar ist (sowie deren zweckmäßige Ausgestaltung), hat als Frage der Staatspolitik zu gelten, interessiert hier nicht und muß im gehörigen Maße in jedem Staat vorausgesetzt werden [1]).

Der Begriff der Gewalt setzt Dritte als notwendig voraus, die als Objekte der Beeinträchtigungen und „Gewalt"-Anwendung dienen. Die Gewalt der Polizeibehörden umfaßt die Eingriffsbefugnisse in die Lebensverhältnisse des Untertanen bereits auf Grund dessen allgemeiner Gehorsamspflicht. Die Befugnisse zur Freiheitsbeschränkung auf Grund besonderen Gewaltverhältnisses unterfallen also nicht der Polizeigewalt. Die Art des Eingriffs selbst kann in Gestalt des individuellen Polizeibefehls oder in der generellen Polizeiverordnung erfolgen. Organe dieser polizeilichen Tätigkeit und damit Träger der Polizeigewalt sind der Monarch und die Behörden. Letztere sind es praktisch auch dann, wenn ihnen die Gewalt nur kraft Auftrags zusteht und besonders abgeleitet wird.

---

[1]) Hierüber lassen sich die älteren Werke des Polizeirechts weitschweifig aus (vergl. z. B. Mohl, Pol. Wissenschaft).

Die Fähigkeit, in rechtlich anerkannter Weise als Obrigkeit auf Grund des allgemeinen Gewaltverhältnisses beschränkend auf den Untertan einzuwirken, also schlechthin der Umfang der Polizeigewalt, ist für beide Träger besonders zu prüfen. Auszugehen ist von der ersten preußischen Gesamtkodifikation, die heute auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts teilweise noch gilt, erst recht also für die Zeit des Erlasses der 50 er Verfassung heranzuziehen ist.

2a. Das behördliche Polizeiverfügungsrecht zur Zeit des Erlasses des Allgemeinen Landrechts.

Als häufigst zitierte Stelle aus dem Allgemeinen Landrecht stellt sich § 10 II 17 A. L. R. dar, der noch heute als die Grundlage und Umfangsbegrenzung der polizeilichen Verfügungsgewalt angesehen wird. [1]) Ist dieser Gesetzesstelle bei Erlaß des allgemeinen Landrechts und in der späteren Zeit, bei Schaffung der Grundrechte, jene Bedeutung eigen gewesen? Der Wortlaut von § 10 II 17 A. L. R. läßt unter Berücksichtigung der Stellung im System hinsichtlich des Umfangs der Polizeiverfügungsgewalt zwei Auffassungen zu:

aa) Die Bestimmung des § 10 II 17 A. L. R. findet sich in dem Titel des A. L. R., der die Ueberschrift „Von den Rechten und Pflichten des Staates zum besonderen Schutze seiner Untertanen" trägt. Hieraus ließe sich der Schluß ziehen, daß durch die Gesetzesvorschrift erst einmal Recht und Pflicht der Behörden zu Eingriffen durch konkreten Polizeibefehl über die Fälle konstatiert sei, in denen es sich um Maßnahmen zum Schutze des Bürgers, also um sicherheitspolizeiliche Maßregeln handele. Angesichts des Titels, unter dem sich § 10 II 17 findet, könnte sein Inhalt nicht anders lauten. Entsprechend der das Oberhaupt des Staates betreffenden Bestimmungen des § 2 II 13 A. L. R. [2]) und des ihn ergänzenden § 3 II 13 [3]). Schließlich ergäbe sich die Richtigkeit dieser Auffassung aus den später herausgegebenen Verordnungen und Geschäftsinstruktionen [4]).

bb) Demgegenüber steht heute die gemeine Meinung, welche zu mindestens für die Polizeiverfügungsgewalt — die ja zunächst behandelt wird — die staatliche, verwaltende Tätigkeit durch § 10 II 17 auf das Gebiet der Sicherheitswahrung begrenzt sieht.

---

[1]) Das Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931 ist nunmehr allerdings gemäß § 79 Abs. 1 am 1. Oktober 1931 in Kraft getreten.

[2]) § 2 II 13: „Die vorzüglichste Pflicht des Oberhauptes des Staates ist es, sowohl die äußere als innere Ruhe und Sicherheit zu erhalten und einen Jeden bei den Seinigen gegen Gewalt und Störungen zu schützen."

[3]) „Ihm kommt es zu, für Anstalten zu sorgen, wodurch den Einwohnern Mittel und Gelegenheit verschafft werden, ihre Kräfte und Fähigkeiten auszubilden und dieselben zur Beförderung ihres Wohlstandes anzuwenden."

[4]) Vertreter dieser Ansicht: Rosin, Pol. V. O. R. S. 76 Nr. 6, Förstemann, Prinzipien S. 13 Nr. 1.

Eine Entscheidung über diese Frage ist deshalb wichtig, weil aus der Auslegung zu bb) zugleich häufig gefolgert wird, daß das „Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung“ [1]) zumindestens auf dem Gebiete der Polizeiverfügung bereits im Allgemeinen Landrecht galt [2]) und unter Ablehnung eines Deutungswandels bis heutigen Tags ununterbrochen gegolten hat [3]).

Die Vertreter der Ansicht zu aa) berufen sich u. a. zur Bekräftigung ihrer Ansicht auf die später ergangenen Verordnungen. Letztere mögen für einen Wandel in der Auffassung zeugen, sind aber nicht zugkräftige Beweismittel für die ursprüngliche Rechtslage.

Die zum vergleichenden Beweise herangezogenen Stellen des § 2 II 13 und 3 II 13 A. L. R. betreffen das Oberhaupt des Staates, dessen Rechtsstellung nicht vergleichbar mit derjenigen der Behörden ist. Das absolute Königtum ist die einfache Grundlage, auf der sich auch das Allgemeine Landrecht aufbaut. Abgesehen davon würde ein solcher Schluß auch insofern fehlgehen, als § 3 II 13, der das Oberhaupt des Staates auf fördernde, wohlfahrtspflegende Tätigkeit verweist, mit den „Anstalten“, für die zu sorgen ist, im Gegensatz zu dem gleichen Wort in § 10 II 17 nur Komplexe von Verwaltungsmitteln im Sinne unseres heutigen „Anstalts“begriffs braucht. Eine gesetzliche Konstatierung der Eingriffsgewalt des Monarchen für das Gebiet der Wohlfahrtsförderung stellt § 3 II 13 nicht dar, kann also nicht als Beleg für die Polizeiverfügungsgewalt der Behörden auf diesem Gebiete herangezogen werden. Schließlich sprechen auch die Motive dem § 10 II 17 wirklich begrenzenden Charakter zu [4]). Es erscheint nicht richtig, den jeweiligen Gesetzesmaterialien eine zu geringe Rolle zuzumessen. Wenn der Wortlaut einer Gesetzesstelle mehrere Auslegungen zuläßt, so ist für die Zeit des Erlasses des Gesetzes der durch dieses bewirkte Rechtszustand und die Meinung des Gesetzgebers bei Auslegungszweifeln heranzuziehen, falls die Aeußerung der Motive nach dem Wortlaut und Systemstellung möglich erscheint.

Das Ergebnis, zu dem wir in Betrachtung der ursprünglichen Rechtslage, bei Erlaß des A. L. R., gekommen sind, lautet demnach: Die Behörden sind bei Ausübung der Polizeiverfügungsgewalt

---

[1]) Die Verwaltungsbehörde kann nur dann verpflichtend dem Untertanen gegenüber handeln, wenn ihr Handeln in einem formellen, sie ermächtigenden Gesetze seine Grundlage hat.

[2]) So Rosin nunmehr in Arch. Band 3 S. 293.

[3]) So z. B. W. Jellinek, Verw. R. S. 83, vergl. auch Loening Arch. 1894, S. 461, 463.

[4]) In der dem endgültigen § 10 II 17 entsprechenden Stelle des Entwurfs, § 8 I 5, hieß es, daß „jede Handlung, wodurch die gemeine Ruhe und Sicherheit oder der öffentliche Wohlstand gestört werden könnte, Gegenstand der Aufmerksamkeit . . . . wäre“. Diese Vorschrift wurde gerügt, weil sie zu allgemein wäre und z. T. die Gewalt der Polizei (!) zu weit ausdehne. Vergl. Rosin Verw. Arch. Band 3 S. 289 Anm. 110 und O. V. G. E. Band 9 Seite 376 Band 6 S. 353.

an die Norm des § 10 II 17 gebunden. Wie sich aus dem Titel, unter dem sich die Vorschrift findet, ergibt, bedeutet § 10 cit. nicht nur eine allgemeine Beschränkung der bisherigen Polizeibehördengewalt auf Gefahr und Abwehr, sondern sollte die Rechtsgrundlage für polizeiliche Eingriffe (in Form von Polizeibefehlen) sein. Was schon der Wortlaut der Bestimmung als wahrscheinlich erscheinen läßt, bestätigt der stark abweichende Entwurf und die daran geknüpfte Kritik: Die Norm des § 10 müsse streng umrissen und ihr Inhalt Richtlinie und Grenze für polizeiliches Eingreifen im Verfügungswege sein. Für diese an die neue Rechtsprechung anklingende Auslegung des Gesetzes und die daraus erhellende, fast unglaubhaft erscheinende Aktualität damaliger Rechtsauffassung spricht die ausdrückliche Festlegung von den „Rechten" des Staates, Eingriffe vorzunehmen.

2b. Das behördliche Verordnungsrecht auf Grund des Allgemeinen Landrechts.

Es erscheint als selbstverständlich, daß die „der Polizei" zugeschriebenen „Anstalten" beide Arten behördlicher Eingriffe — die konkrete des Polizeibefehls, wie die abstrakte der Polizeiverordnung — mit umfassen. Diese Ansicht hat das O. V. G. im Anschluß an die Auslegung von § 6 des Pol.-Verw.-Ges. von 1850 unbeirrt vertreten, und sie ist auch heute Gegenstand der gem. Lehrmeinung geworden. Es wäre aussichtslos und sogar falsch, für das heutige Recht anderer Meinung zu sein [1]). Hier gilt es, den damaligen Rechtszustand zu ermitteln.

§ 6 II 13 A. L. R. besagt, daß „das Recht, Gesetze und allgemeine Polizeiverordnungen zu geben, dieselben aufzuheben usw. . . . ein Majestätsrecht sei", das nur von dem Oberhaupt im Staate ausgeübt werden könne. Diese Bestimmung wird noch durch die §§ 115, II 8 A. L. R. [2]) in Verbindung mit § 116 II 8 (betr. die Gemeinden) [3]), § 2 Einl. A. L. R. (betr. die Provinzen) [4]) erläutert: Nicht nur der Erlaß von Polizeiverordnungen für das gesamte Staatsgebiet ist Majestätsrecht, sondern das Verordnungsrecht schlechthin steht grundsätzlich dem Staatsoberhaupt allein zu. Die „allgemeinen Polizeiverordnungen" in § 6 II 13 sind im Gegensatz zu den Anordnungen im Einzelfalle, das sind Polizeiverfügungen, gebraucht. In den beiden erwähnten Bestimmungen, die ein Verordnungsrecht der Behörden vorsehen, ist durch die notwendige

---

[1]) Dem pflichtet auch Rosin — trotz anderer Forschungsergebnisse unter Anerkennung einer Rezeption der heut herrschenden Auffassung — bei. (Arch. 3 S. 255.)

[2]) „Das Recht zu Statuten, welche die innere Einrichtung der Gemeinen oder gewisse Klassen derselben betreffen, durch ordnungsmäßig abgefaßte Schlüsse zu errichten, steht den Gemeinden zu."

[3]) Die Einreichung zur Bestätigung erfolgt an Kriegs- und Domänenkammer.

[4]) „Besondere Provinzialordnungen und Statuten einzelner Gemeinheiten und Gesellschaften erhalten nur durch landesherrliche Bestätigung die Kraft von Gesetzen."

Sanktionierung das Recht der Gemeinde und Provinzialbehörden zu abstrakten Eingriffen faktisch zum Vorschlagsrecht zusammengeschmolzen. Es geht auch hieraus hervor, daß das „allgemeine Polizeiverordnungsrecht" das Verordnungsrecht schlechthin bedeutet [1]). Das Oberhaupt des Staates ist aber in seinen Eingriffsmöglichkeiten unbehindert von gesetzlichen Schranken. Wenn die Möglichkeit, Eingriffe in die persönliche Freiheit durch abstrakten Befehl vorzunehmen, allein dem König vorbehalten ist und anderen Amtsträgern dieses Recht nur kraft ausdrücklicher Delegation zusteht, so ist es nicht angängig, eine solche Delegation des Verordnungsrechtes bereits in § 10 II 17 zu sehen [2]), dem ja schon als Rechtsgrundlage der Polizeiverfügungsgewalt hinreichende Bedeutung zukäme. Eine derartige Ueberschätzung des Inhalts von § 10 cit. würde durch die Allgemeinheit der Delegation die Eigenart des Polizeiverordnungsrechtes als Majestätsrechtes aufheben und damit § 6 II 13 überflüssig machen. Unverständlich wären die besonderen Delegationen in § 2 Einl., § 115 II 8, die ihrerseits die Rechtswirkung von Verordnungen abhängig machen von königlicher Sanktionierung. Soweit aber die Behörden — seien es kommunale, seien es staatliche — ein (beschränktes) Verordnungsrecht ausüben dürfen, haben sie inhaltlich königliches Recht übertragen bekommen. Da sich ihr Recht von diesem unmittelbar herleitet, muß es sich grundsätzlich auf die gleichen Sachgebiete erstrecken, wenn ihm nicht in besonderer Delegation ausdrücklich weitere Schranken auferlegt worden sind. Landesherrliche Anordnungen können zur Aufrechterhaltung der Sicherheit wie auch zur Förderung der Wohlfahrt der Untertanen ergehen. Auch wenn man, wie oben geschehen, den Inhalt des § 3 II 13 (vergl. S. 4, Anm. 3) dahin deutet, daß Machtbefugnisse durch ihn nicht ausgesprochen werden, so besagt dies nichts dagegen. Zwar spricht § 3 II 13 von der Tätigkeit des Oberhauptes hinsichtlich der Wohlfahrtsförderung. Aber nur seine Pflicht wird konstatiert [3]). Sein Recht ist in seinem Amte enthalten und wird bezüglich der abstrakten Eingriffe durch § 6 II 13 noch ausdrücklich und zwar als ausschließliches festgestellt, ohne auf besondere Fälle beschränkt zu werden.

Es läßt sich hinsichtlich der Berechtigung der Behörden zum Erlaß von Polizeiverordnungen folgendes Ergebnis feststellen: In den Fällen, in denen die Behörden ein — durch königliche Sanktion beschränktes — Verordnungsrecht eingeräumt erhielten, leiten sie zwar ihre Befugnis vom formalen Gesetze ab. Die ihnen darin ausgestellte Vollmacht gestattet jedoch ein Tätigwerden in fast ungebundenem, freien Ermessen. Die Behörde darf, wann immer sie es zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Förderung der Wohlfahrt der Untertanen für erforderlich hält, durch abstrakten Polizeibefehl, Verordnung, eingreifen. Ein nicht

---

[1]) So auch Rosin V. O. R. S. 38.

[2]) Zustimmend Rosin V. O. R. S. 64.

[3]) Im Gegensatz dazu spricht das Gesetz bei den Behörden von Rechten und Pflichten zum Eingreifen in die Bewegungsfreiheit des Untertanen.

souveräner Gewaltenträger muß ja stets sein Handeln von einem Auftrage abhängig machen; allerdings braucht diese Vollmacht zum Handeln nicht ausdrücklich erklärt sein, sie kann sich aus dem für einen räumlichen Bezirk begründeten Amt als solchem stillschweigend ergeben, ohne daß es einer eigens erklärten Delegation bedarf. Dem Wesen der gesetzmäßigen Verwaltung kann jedoch nicht schon dadurch genügt sein, daß durch formelles Gesetz der bisherige ungebundene Zustand nunmehr festgestellt wird. Es handelt nach Inkrafttreten des A. L. R. zwar eine Behörde, die die Verordnungsgewalt ausübt, mit gesetzlicher Vollmacht. Vergleicht man aber die Verwaltungspraxis dieser Zeit hinsichtlich der Verordnungsgewalt mit der, da eine gesetzliche Ermächtigung dieser allgemeinen Art noch nicht bestand, so wird praktisch sich ein Unterschied nicht feststellen lassen. Es wird wohl von keiner Seite behauptet, daß in den Fällen dem Grundsatze der gesetzmäßigen Verwaltung bereits genügt war, in denen Eingriffsbefugnis nur stillschweigend, und zwar dadurch delegiert war, daß man sie in einem übertragenen Amte für einen örtlichen Kreis als mitinbegriffen ansah. Dies war vielfach der „Rechts"-Zustand im absoluten Staate. Wenn jetzt das Landrecht die Befugnisse für eine Art des Eingriffs (Verordnung) nochmals feststellt, ohne jedoch bestimmte Voraussetzungen an ein Vorgehen der Behörde zu knüpfen (die notwendigen Sanktionierungen stellen ja nicht eine Beschränkung auf bestimmte Eingriffsgebiete und sachliche Voraussetzungen dar), so ist eine sachliche Aenderung gegenüber dem Vorzustand nicht eingetreten; hier wie anderenfalls läge kein Grund vor, gerade den Erlaß des Allgemeinen Landrechts als den Zeitpunkt der Begründung des „Prinzips" anzusehen. Sinn des „Prinzips" soll es wohl sein, daß dem bisher nach freiem Ermessen erfolgendem Tätigwerden Bindungen durch das Gesetz auferlegt werden. Durch die Regelung der Verordnungsgewalt im Allgemeinen Landrecht ist nicht die geringste Beschränkung durch und an irgend eine Norm erfolgt. Die Behörde darf in jedem Falle ganz nach Gutdünken tätig werden, vorausgesetzt nur, daß Sanktionierung erfolgt.

Zusammenfassend läßt sich sagen: Der durch das Allgemeine Landrecht hinsichtlich der Verordnungsgewalt hergestellte Rechtszustand entspricht nicht dem Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung. Hinsichtlich der polizeilichen Verfügungsgewalt dagegen ist § 10 II 17 geeignet, dem genannten „Prinzip" zu genügen.

3. Die behördliche Polizeigewalt in der späteren Zeit bis zum Erlaß der 50er Verfassung.

a) Den verschiedenen Ressortreglements von 1795 bis 1804, die zeitlich dem Allgemeinen Landrecht folgen und in Svarez ihren geistigen Urheber haben, wird eine beträchtliche Bedeutung zugemessen. Sie nehmen bei der Behandlung des Umfangs der Polizeigewalt einen breiten Raum ein. Man glaubt, in ihnen und in offiziösen Aeußerungen Svarez' in seinen Vorträgen Merkmale erblicken zu können, die auf

Wandlungen der landrechtlichen Grundsätze hindeuten. Es handelt sich dabei um Verwendung des Polizeibegriffs in Beziehung auf das Gebiet der Wohlfahrtsförderung. Diese Ansicht erscheint irrtümlich. In umfangreicher Untersuchung ist es Rosin gelungen, aus den die „Polizeianstalten" berührenden Gesetzesstellen des A. L. R. nachzuweisen, daß der Inbegriff der „polizeilichen" Tätigkeit mehr umfaßt, als im § 10 II 17 für die polizeiliche Zwangsgewalt bestimmt ist. Die polizeiliche Tätigkeit war nur insofern auf das Gebiet der Sicherheitsbewahrung beschränkt, als sie mittels Eingriffs in die Kreise des Untertanen zu erfolgen hatte. Es geht dies, neben dem bereits Erwähnten, aus der Titelüberschrift: „Rechte und Pflichten des Staates zum Schutze . . ." und den Materialien hervor, schließlich auch, wie Rosin nachweist [1]), aus dem sich aus den öffentlich rechtlichen Bestimmungen ergebenden Staatszweck des Allgemeinen Landrechts, dem bei Ausübung der polizeilichen Tätigkeit, der Hauptart staatlichen Waltens, ja entsprochen werden muß. Es falle also noch weit mehr in das Gebiet polizeilicher Tätigkeit. In diesem Sinn sind die Aeußerungen von Svarez zu verstehen, wie sie in seinen Vorträgen und den Reglements getan werden. Ein Deutungswandel im Polizeibegriff wird z. B. durch den Satz, auch „Anstalten zur Beförderung der Privatglückseligkeit und Schulen seien Polizeianstalten" [2]), als erwiesen angesehen. Nicht wenig mag zu solchen Irrtümern, in denen sich z. B. auch Drews bewegt [3]), der Pütter'sche Satz von der „Cura avertendi . . ." beigetragen haben, wonach der Begriff „Polizei" nur obrigkeitliche Tätigkeit zur Abwehr von Gefahr umfaßt. Es mag dahingestellt bleiben, ob jede polizeiliche Tätigkeit, wie es der Wortlaut wahrscheinlich sein läßt, nur auf dem Gebiete der Sicherheitswahrung erfolgen sollte oder ob nur die polizeiliche Tätigkeit, die auf die Freiheit des Untertans beschränkend wirken würde, gemeint war. Die letzte Auslegung hat insofern eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich, als ja nur die beschränkende Tätigkeit Gegenstand des politischen Interesses ist und insofern der Begriff der Polizei unrichtig verengt worden ist. In der weiteren Untersuchung über Aenderung des objektiven Polizeirechts ist streng darauf zu achten, ob bei Erstreckung des Polizeibegriffs auf das Gebiet der Wohlfahrtsförderung die Ausübung der Polizeigewalt ausdrücklich betroffen sein soll.

b) Als nächstes einschlägiges, die Polizei betreffendes Gesetz folgt die Städteordnung vom 19. November 1808. Ihr wesentlichstes Merkmal ist die angeordnete Veränderung in der Person des ursprünglichen Amtsträgers. Die Ortspolizei wird staatlich und wird lediglich kraft

[1]) Rosin Arch. Band 3 S. 256 ff.

[2]) So Svarez in seinen 1791/92 dem Kronprinzen Friedrich gehaltenen Vorträgen.

[3]) Pol. Recht S. 3.

Auftrags von städtischen Behörden ausgeübt [1]). Hinsichtlich der Polizeigewalt ist § 165 bedeutsam: „Die Polizei wird nach den besonderen Vorschriften verwaltet, welche deshalb schon bestehen und ferner erteilt werden". Das Recht der polizeilichen Verfügungsgewalt ist durch die Verordnung nicht geändert! Es hat § 10 II 17 als Grundlage und Grenze für polizeiliche Verfügungen zu gelten. Auch wenn in der Verwaltungspraxis bei Eingriffen durch Verfügungen nicht auf die Rechtsgrundlage Bezug genommen ist, die Redaktoren der Verordnung ihn kaum erwähnten, so muß er dennoch als gültiges, materielles Recht angesehen werden. Eine entgegenstehende Praxis allein wandelt eine durch formelles Gesetz geschaffene Rechtsordnung nicht so schnell, selbst wenn die von den Gesetzgebern vertretene und zum Ausdruck gebrachte Auffassung nie zum Allgemeingut von Verwaltung und Bürgern geworden ist (stets nur vorausgesetzt, daß die Rechtsüberzeugung der Autoren materielles Recht geworden ist). Die von der Behörde gehandhabte Verwaltungspraxis kann daher sehr wohl für beträchtliche Zeit rechtswidrig sein. Die Bildung eines derogierenden Gewohnheitsrechtes darf nicht zu frühzeitig angenommen werden, da dies eine nicht zu rechtfertigende Entkräftung inhaltlichen (materiellen) Rechtes bedeuten würde. Das Verordnungsrecht, wie es für die Kommunen durch das A. L. R. begründet war, gilt weiterhin auf Grund des § 165 cit. und die allgemeine Uebertragung der Polizeigewalt auf den Staat hat daran nichts geändert. Die entgegengesetzte Ansicht von Rosin [2]) ist trotz Offensichtlichkeit der anderweitigen Regelung unbelegt geäußert.

c) Die Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden vom 26. Dezember 1808, erläutert durch die Geschäftsinstruktion von 1808, übersichtlich zusammengefaßt durch die Regierungsinstruktion vom 23. 11. 1817.

Nach § 3 der Verordnung steht es bei den Regierungen als den Landespolizeibehörden, für das Gemeinwohl der Untertanen in negativer wie in positiver Hinsicht zu sorgen. Nicht nur Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung, sondern auch die Sorge für Förderung und Erhöhung des allgemeinen Wohls sind der Regierung als Landespolizeibehörde aufgegeben. Diese Bestimmung allein würde nicht ausreichen, um eine derogierende, gesetzliche Regelung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand erkennen zu lassen. Es wäre möglich, daß § 3 den Polizeibegriff als solchen, also das Gesamtgebiet polizeilicher Tätigkeit kennzeichnen wollte. (Die polizeiliche

---

[1]) Richtig verweist Rosin (Arch. Bd. 3 S. 338/9, namentlich S. 340) darauf, daß nur die polizeiliche Tätigkeit, soweit sie freiheitsbeschränkend wirkt, hier auf den Staat als Träger der Polizei übertragen ist. Die Richtigkeit hiervon geht daraus hervor, daß andernfalls der kommunalen Verwaltung kein Raum mehr belassen wäre. Vergl. daneben auch die bei Rosin (S. 338) angeführten Materialien.

[2]) Arch. Band 3 S. 344.

Zwangstätigkeit ist, wie schon oben hervorgehoben, nur Teil, wenn auch überwiegender, der polizeilichen Tätigkeit.) In § 50 der Geschäftsinstruktion, die zur Ausführung der Verordnung ergangen ist, wird jedoch ausdrücklich betont, daß die erweiterte Bestimmung für die Ausübung der Polizeigewalt anzuwenden sei.[1] [2]) Durch positive Rechtsbestimmung entfällt damit § 10 II 17 als Grundlage des Polizeiverfügungsrechtes. Die Bedeutsamkeit der Verordnung liegt darin, daß durch sie — zumindest für die Provinzialinstanz — der bisher hinsichtlich der Polizeiverfügungsgewalt geltende Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung verlassen wird. Die festen Voraussetzungen und Grenzen für behördliche Eingriffe werden ersetzt durch die allgemeine Ermächtigung zu handeln, wann immer es in irgend einem Falle geboten erscheint. Der vorlandrechte Zustand gilt wieder, nur daß die früher im behördlichen Amt stillschweigend enthaltene Ermächtigung, nach pflichtgemäßem, aber freiem Ermessen als Obrigkeit Eingriffe vorzunehmen, im nunmehr formellen Gesetz ausgesprochen ist. Die von Drews S. 3/4 zur weiteren Beweisführung für eine Erweiterung in der Auffassung vom Wesen der Polizei, d. h. bei ihm, der „Zwangspolizei", angezogenen §§ 13 Ziffer 2 der kgl. V. O. vom 30. 4. 1815 und der §§ 2, Ziffer 3 und 3 Ziffer 2 sind nach den gemachten Feststellungen unbrauchbar.

d) Das Gesetz vom 11. Mai 1842 über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen betrifft jede Art von polizeilichen Verfügungen. Trotz der Fassung des § 1, „Beschwerden jeder Art, sie mögen die Gesetzmäßigkeit, Notwendigkeit . . . betreffen . . .", ist eine Aenderung des Rechtszustandes nicht geschaffen. Eine Verweisung auf § 10 II 17 im bejahenden Sinne läßt sich bei Redaktoren und in der Wissenschaft nirgends finden, erwähnt wird der § 10 II 17 nur einmal.[3]) Es entfällt demnach jedenfalls die Möglichkeit, daß § 1 den durch die Verordnung von 1808 geschaffenen Rechtszustand abändert und auf § 10 II 17 zurückverweist. Dies war bereits dem Wortlaut nach wenig wahrscheinlich. Das Wort „Gesetzmäßigkeit" muß — entgegen dem heut verwandten technischen Ausdruck — danach „fehlende Gesetzwidrigkeit" bedeutet haben. Hinsichtlich der ortspolizeilichen Verfügungsgewalt wäre allerdings in § 1 eine Bezugnahme auf den ermächtigenden § 10 mit seinen Begrenzungen zu erblicken. Berücksichtigt muß aber hier die geübte Praxis und einhellige Lehrmeinung werden, die nach dieser langen Uebung bereits

[1]) „Die Tätigkeit der Regierung bei Ausübung der Polizeigewalt muß sich nicht bloß auf die Abwendung von Gefahren und Nachteilen und Erhaltung dessen, was schon da ist, sondern auch auf die Wahrung und Beförderung der allgemeinen Wohlfahrt erstrecken." ! !

[2]) Vergl. im übrigen die bei Loening Arch. Bd. 2 S. 437 ff., speziell S. 461 und Rosin, Arch. Bd. 3 S. 326 ff. behandelten Motive des Sachbearbeiters Geheimrat Friese.

[3]) Vergl. Rosin Arch. Bd. 3 S. 288.

ohne Bildung formellen Rechts derogierend gewirkt haben könnte (darüber in der jetzt folgenden zusammenfassenden Uebersicht über die Gewalt der in Frage stehenden Polizeibehörden).

c) Die dargestellten gesetzlichen Bestimmungen haben folgendes Bild von den Gewaltbefugnissen der durch sie ermächtigten Behörden ergeben:

Hinsichtlich des Verordnungsrechtes:

Die Ortspolizeibehörde, die zunächst als lediglich kommunales Organ die Verwaltung ausübte, dann Träger staatlicher Tätigkeit wurde, ist durch § 10 II 17 mit der Verfügungsgewalt betraut und bei ihrem Vorgehen an die dort vorgesetzten Grenzen gebunden.

Die Befugnis, im abstrakten Befehl einschränkend zu wirken, die Polizeiverordnungsgewalt, ist ihr durch § 6 II 13, § 115 II 8 A. L. R. gegeben. An besondere Voraussetzungen ist sie bei ihrem Vorgehen nicht gebunden. Die Maßnahmen bedürfen der Sanktionierung durch den König, der seinerseits das Sanktionsrecht durch die Kriegs- und Domänenkammern ausüben läßt.

Die Mittelinstanz, zunächst als die „Kammern", dann als „Regierung", übt eine an besonders umrissene Voraussetzungen nicht gebundene Verfügungsgewalt gemäß der Verordnung von 1808 aus. Bei der Ausübung der Polizeiverordnungsgewalt ist der Behörde durch Fehlen einschränkender Normen nach pflichtgemäßem Ermessen Entschlußfreiheit zugesichert. Nur die Verpflichtung ist bindend, dem allgemeinen Staatszweck zu entsprechen. Sanktionierung erfolgt durch die Zentralinstanz (Generaldirektorium, später Ministerium).

Der Zentralinstanz ist ein Verordnungsrecht durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung nicht verliehen. Sie übt dennoch im eigenen Namen Verordnungsgewalt aus. Diese stützt sich wohl auf das vom König schon dem Generaldirektorium delegierte Sanktionsrecht mittelinstanzlicher Verordnungen. Da die Sanktionierung ein dem Erlasse eigener Verordnungen entsprechender Akt ist, kann angenommen werden, daß in der Delegation des einen Rechtes das andere mitinbegriffen ist. Andere führen die Verordnungsgewalt bereits auf gewohnheitsrechtliche Grundlage zurück [1]). Im Jahre 1808, am 16. Dezember, ist auch, das Publikandum betreffend, die veränderte Verfassung der obersten Staatsbehörden ergangen, durch das sicher eine zentralinstanzliche Verordnungsgewalt begründet ist [2]). Eine Beschränkung bei der Ausübung dieser Verordnungsgewalt ist in dem Gesetz nicht vorgesehen. Die Ausübung der Polizeiverordnungsgewalt konnte demnach in allen Fällen auf positiv-rechtliche Grundlage zurückgeführt werden.

---

[1]) Rosin V. O. S. 39, Förstemann S. 142.

[2]) „Das Ministerium des Innern begreift die ganze Staatsverwaltung . . ., so Landeshoheitssachen, in gleichen die Polizeiverwaltung in ihrem ganzen Umfange."

Die Polizeiverfügungsgewalt.

Durch die Verordnung von 1808 war für die Landespolizeibehörde § 10 II 17 als Grundlage und Grenze ihres Handelns beseitigt worden. Die Verwaltungspraxis war bei Ausübung der ortspolizeilichen Gewalt schon vorher nicht unter Berufung oder wenigstens Berücksichtigung der Gesetzesvorschrift (§ 10 II 17) erfolgt, also gesetzwidrig. Bestätigung dieser Praxis für einen Teil der Polizeiverwaltung (die Landespolizeibehörde) durch positives Gesetz bot eine weitere Grundlage dafür, diese allgemeine Rechtsanschauung zu stützen und noch auf Grund analogisierender Schlüsse nunmehr in kurzer Zeit ein Gewohnheitsrecht zu entwickeln. Das so herausgebildete Gewohnheitsrecht wirkte derogativ, trotz des ausdrücklichen Verbots in den §§ 3, 4 Einl. A. L. R. Wie es nicht möglich ist, durch einmalige gesetzliche Bestimmung ewige Gültigkeit des Gesetzes zu sichern, so kann auch durch ein Verbot nicht die Bildung abändernden Gewohnheitsrechtes ausgeschlossen werden [1]). Bei § 3 ging die Absicht allerdings nur dahin, alles ungeschriebene Recht für die Zukunft abzuschaffen, um „Juristen und Prozesse zu vermindern und die Rechtsunsicherheit auszuschalten" [2]). Es richteten sich die §§ 3, 4 Einl. A. L. R. also nur gegen das Gewohnheitsrecht im bürgerlichen Recht; sie bedeuten hier kein ernstliches Hindernis. Eine Abänderung durch Gewohnheitsrecht ist tatsächlich gerade gegenüber den §§ 3, 4 Einl. A. L. R. in der Rechtssprechung des O. V. G. bestätigt worden: Wenn man nicht bereits in den §§ 6 II 13, 2 Einl. A. L. R. die Ermächtigung zum Handeln der Polizei auch auf dem Gebiete der Wohlfahrtsförderung sieht, so muß man als Grundlage hierfür doch angesichts des überzeugenden Wortlauts, der Materialien pp., jedenfalls die Verordnung von 1808 ansehen. Wenn seitens des O. V. G. doch auf den „engeren Polizeibegriff" zurückgegriffen wurde, um der herrschenden allgemeinen Rechtsüberzeugung zu entsprechen, so bedeutet dies, wenn auch nicht ausdrücklich bekannt, Anerkennung eines Gewohnheitsrechtes, das trotz des § 3 Einl. A. L. R. förmliches Gesetz, und zugleich das Verbot selbst, außer Kraft setzt [3]).

Ergebnis: Die Prüfung aller einschlägigen Rechtsquellen bis zur Zeit des Inkrafttretens der 50er Verfassung haben ergeben, daß die behördliche Polizeigewalt nicht auf dem § 10 II 17 A. L. R., der Voraussetzungen und Grenzen der Polizeiverfügungsgewalt scharf umriß, beruhte; es standen vielmehr den Behörden Ermächtigungen zur Seite, die ihnen Eingriffe frei — nur durch das eigene freie d. h. pflichtgemäße Ermessen beschränkt — zugestanden. Es hat sich dies aus positiv-rechtlichen Bestimmungen ergeben. Nur hinsichtlich der ortspolizeilichen Verfügungsgewalt ist an deren Stelle das

[1]) Zustimmend W. Jellinek, Verw. Recht S. 116.

[2]) Koch a. a. O., S. 113.

[3]) Ebenso Drews a. a. O. S. 5, W. Jellinek, etwas bedingter, S. 117.

Gewohnheitsrecht als Grundlage getreten. Infolge der Unbestimmtheit der die Behörden angehenden Vorschriften muß die Ansicht abgelehnt werden, daß der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung bereits im vorkonstitutionellen Preußen durchgeführt sei.

§ 3.

Im nicht-konstitutionellen, d. h. hier im absoluten Staate tritt die Stellung des Monarchen in seiner Eigenschaft als Träger der Polizeigewalt nicht klar hervor: Er ist gleichzeitig Gesetzgebungs- und Verwaltungsorgan. Seine Machtfülle als verwaltendes Organ läßt sich aus der Staatspraxis nicht erkennen, da seine Willensäußerungen auch gesetzgeberischer Art sein können und die verwaltenden Befugnisse jederzeit durch Gesetzgebungsakt derselben Person erweitert werden können. Die Ausübung der Verordnungsgewalt unterscheidet sich von der Gesetzgebung nur durch die Form, die bei den Gesetzen laut § 10 Einl. des Allgemeinen Landrechts stets in „gehöriger Bekanntmachung" und — seit der Verordnung vom 27. 10. 1810 (Ges.-Sammlg. S. 1) — in der Veröffentlichung in der Gesetzessammlung bestehen muß. Erst nachdem als besondere Organe der staatlichen Tätigkeit die Gesetzgebungskammern in Erscheinung traten, wird die verwaltende Tätigkeit des Königs gerade in den typischen Fällen von Verordnungen und Verfügungen als polizeiliche kenntlich. Es hieße das monarchische Prinzip, welches für das Allgemeine Landrecht und die späteren Verfassungsgesetze Untergrund war, verleugnen, wollte man etwa in § 10 II 17 auch eine Schranke für das kgl. Regierungs-(Verordnungs- oder Verfügungs-)Recht erblicken. Die Meinung hierüber dürfte einhellig sein, daß dem König — zumindest bis zur Einführung der Verfassung von 1850 — in Ausübung seiner Verfügungs- und Verordnungsgewalt die Möglichkeit freien Eingriffs in das Betätigungsfeld der Untertanen zugestanden hat.

Selbst wenn man — entgegen den oben angeführten Beweisen — annimmt, die polizeiliche Gewalt der Behörden sei schon vor Inkrafttreten der Grundrechte durch Rechtssätze in feste Grenzen gewiesen, so dürfte es doch in Anbetracht der freien Regierungsgewalt des Monarchen falsch sein, wenn man Geltung des Grundsatzes der gesetzmäßigen Verwaltung für Preußen bereits in der Zeit vor 1850 behauptet. Durch einen Verwaltungsakt, ein Spezialmandat des Königs, kann jederzeit die eingeschränkte Eingriffsgewalt einer Behörde — (eine solche Einschränkung einmal unterstellt) — erweitert werden. Da sich der König hierbei nicht gesetzgeberisch, sondern verwaltend (im engeren Sinn) betätigt, er sich in Ausübung polizeilicher Gewalt befindet, ist, auch bei Annahme eingeschränkter Befugnisse der Polizeibehörden, festzustellen, daß der Weg vom Polizeiträger zum Untertan nicht durch Rechtssätze beschränkt, sondern frei ist.

Die Polizeigewalt ist zunächst bis 1850 unbeschränkt; zwar mögen politische Grundsätze und Zeitanschauungen für das obrigkeitliche Er-

messen, das für ein Eingreifen entscheidend ist, richtunggebend sein. Beschränkungen der Polizeigewalt bedeuten sie nicht.

Nach den von uns getroffenen Feststellungen kann von Geltung des Grundsatzes der gesetzmäßigen Verwaltung nur dann gesprochen werden, wenn für obrigkeitliches, d. h. hoheitliches Eingreifen durch verwaltende Organe schlechthin formelles Gesetz unerläßliche Voraussetzung ist. Die Vollmacht muß auch dem ermächtigten Gewaltträger gewisse Grenzen ziehen. Eine gewohnheitsrechtliche Bevollmächtigung genügt dem „Prinzip" nur dann, wenn für die Tätigkeit bestimmte Grenzen festgelegt sind. Eine dieser Grundlagen muß für jedes, auch monarchisches Eingreifen, erfordert werden. Die vor 1850 gepflogene Verwaltungspraxis erheischt weder für das Vorgehen der Behörden noch des Königs derartig umrissene Voraussetzungen. Die Polizeigewalt ist unbeschränkt; rechtliche Bindungen sind nicht vorhanden.

Es ist zu prüfen, wieweit die Grundrechte hierin etwas geändert haben.

§ 4.

1. Das Nächstliegende wäre es, den formellen Grundrechtsbegriff der Untersuchung zugrunde zu legen, also lediglich nachzuforschen, inwieweit durch die in Titel II Verfassungs-Urkunde von 1850 verzeichneten „Rechte der Preußen" die obrigkeitliche Gewalt beschränkt wurde. Der formelle Grundrechtsbegriff, wie er sich aus Titel II ergibt, wird als unzureichend abgelehnt [1]).

Da die Grundrechte „im Kerne ihres Wesens Ansprüche auf Unterlassung von Verwaltungsakten sind" [2]), wird es erforderlich sein, die Verfassungsbestimmungen auf diesen Charakter und entsprechende Rechtswirkung zu untersuchen, um daraus erst die Grundrechtseigenschaft festzustellen. Möglicherweise decken sich gerade für die Zeit, da die Verfassung Gesetzeskraft erhält, formeller und materieller Grundrechtsbegriff.

a) Inwiefern ist durch besondere Verfassungsvorschriften die Befugnis der nichtgesetzgeberischen Machtträger, durch abstraktes Gebot (Verordnung) die freie Betätigungsmöglichkeit des Individium zu beschränken, beeinträchtigt worden?

Einmal erscheinen im Titel II der Verfassung Bestimmungen, die den Preußen für gewisse Gebiete freie Betätigung gewährleisten. Sie behalten Einengungen und Beschränkungen dieser Freiheiten nur dem Gesetze vor, erfordern also für Eingriffe seitens der Obrigkeit stete Vollmacht zum Vorgehen vom Gesetzgeber. Die im Titel II in den Artikeln 5, 6, 9, 11, 12 usw. gesicherten Freiheiten von Person, Wohnung, Briefverkehr, Eigentum, Auswanderung, Bekenntnis beschränken zum mindesten für diese Betätigungen und Verhältnisse die Eingriffsgewalt

---

[1]) Anschütz I S. 96: In Titel II ist nicht erschöpfend gesagt, was der Einzelne im Staate Preußen an Freiheit überhaupt besitzt."

[2]) Anschütz a. a. O.

durch abstrakten Polizeibefehl. Wären sie allein dazu bestimmt, die in dieser Weise sich äußernde Polizeigewalt zu beeinträchtigen, so wären nur bestimmte Freiheitskreise gesichert, im übrigen würde es bei dem bisherigen Rechtszustande der (rechtlich) ungebundenen Eingriffsgewalt bleiben. Durch Artikel 8 wird die polizeiliche Tätigkeit, wie sie in allgemeinverbindlichen Befehlen zutage tritt, weitergehend eingedämmt. Artikel 8 der Verfassung bestimmt allgemein, daß „Strafen nur in Gemäßheit des Gesetzes angedroht oder verhängt werden können".

Da Polizeiverordnungen i. e. S. stets in Begleitung von Strafandrohungen (oder diese in Blankettbestimmungen) erscheinen, ist bereits durch die formelle Grundrechtsbestimmung des Artikel 8 die bisher freie Polizeigewalt hinsichtlich dieses Eingriffsmittels, der Polizeiverordnung, ausgeschlossen.

Aus dem Vorhandensein dieser allgemeineren Norm läßt sich folgern, daß den vorher genannten Grundrechten wohl eine andere Bedeutung zugemessen ist, als lediglich in Einzelfällen beispielhaft zu zeigen, was schon im allgemeinen in Artikel 8 festgestellt ist. Sollte ihnen nicht noch eine andere Bedeutung zukommen, so würden sie von Anfang an als „leerlaufend" anzusehen sein, da der Gedanke einer Institutionsgarantie [1]) im Jahre 1850 sicher nicht bei Einführung der Grundrechte bestimmend wirken konnte.

Als Norm, die die Unterlassung von Verwaltungsakten in Gestalt abstrakter Polizeibefehle ohne gesetzliche Grundlage befiehlt, wird weiterhin Artikel 62 der Verf.-Urk. von 1850 herangezogen [2]). Dem Artikel 62 wird in der Auslegung durch die Wissenschaft zweierlei Bedeutung beigemessen.

1) Artikel 62 besage lediglich: Normen von einer bestimmten Kraft (Gesetzeskraft) kommt auf bestimmte Weise zustande [3]).
2) Artikel 62 nehme den bisherigen Gewaltenträgern das Recht, allgemeinverbindliche Normen aufzustellen. Das Wort „Gesetz" in Absatz 2 des Artikels sei materiell zu verstehen und besage dasselbe wie Rechtssatz [4]). Nach der zuletztgenannten Ansicht wäre es bereits auf Grund des Artikels 62 unzulässig, ohne gesetzliche Ermächtigung Polizeiverordnungen im heutigen Sinne zu erlassen. Nur der gesetzgebenden Körperschaft selbst oder der durch sie ermächtigten Behörde wäre es möglich, durch abstrakten Befehl eingreifend zu wirken.

Selbst in Beachtung des Artikels 8 muß bei dieser Auslegungsmöglichkeit auf Artikel 62 bei Behandlung des Problems „Grundrechte und Polizeigewalt" eingegangen werden. Wenn auch die Verfassungsbestimmung nicht im Titel 2 bei den „Rechten der Preußen" aufgeführt

---

[1]) Vergl. näheres hierzu im heutigen Reichsrecht S. 34 d. A.

[2]) Art 62: Abs. 1: „Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern ausgeübt". Abs. 2: „Die Uebereinstimmung des Königs und beider Kammern ist zu jedem Gesetz erforderlich."

[3]) So Richard Thoma I S. 187, v. Stockmar S. 201 zid. bei Thoma.

[4]) Namentlich Anschütz I zu Art. 8, ebenso Fleiner.

ist, ihrem Wortlaut und Stellung im System nach zur Regelung des Verhältnisses Legislative zu Exekutive geschaffen worden ist, so würde doch Artikel 62 infolge des durch ihn ausgesprochenen Verbotes von Verwaltungsakten (rechtsetzender Tätigkeit der Verwaltungsbehörden) inzidenter Freiheit des Einzelnen vom Staat verbriefen und daher als Grundrecht im materiellen Sinne in Frage kommen.

Polizeigewalt aber bedeutet die rechtliche Fähigkeit der obrigkeitlichen Behörde (im Gegensatz zum formellen Gesetzgeber), in das Betätigungsgebiet des im allgemeinen Gewaltverhältnis stehenden Einzelnen einzugreifen. Der obrigkeitliche Eingriff durch Verordnung setzt aber nicht begriffsnotwendig voraus, daß gleichzeitig zum Zwecke der Durchsetzung der Vorschrift eine Strafe angedroht wird.

Der Eingriff kann sehr wohl auch mittelbar erfolgen, indem durch abstrakten Rechtssatz private Abreden ihrer Rechtswirksamkeit beraubt werden und der Untertan somit tatsächlich Beschränkung seiner Handlungsfreiheit durch nichtgesetzgeberische Gewaltenträger erdulden würde. Das Problem des Artikels 62 ist also mit in die Abhandlung einzubeziehen.

Ist nun bereits 1850 durch Inkrafttreten der Verfassung auf Grund des Artikels 62 jede ursprüngliche (originäre), d. h. nicht von der gesetzgebenden Gewalt i. e. S. abgeleitete, rechtsetzende Befugnis der Exekutivorgane beseitigt worden? Oder kurz, gab es nach dem Verfassungserlaß noch ein selbständiges Verordnungsrecht?

Zunächst die Vertreter der Wissenschaft:

Den einseitigsten, von allen abgelehnten Standpunkt vertritt dabei Arndt [1]). Artikel 62 bezeichne nur das Zustandekommen eines konstitutionellen Gesetzes. Dem König, dem obersten Verwaltungsorgan, stehe ein selbstständiges Verordnungsrecht zu, soweit dies ihm nicht durch ausdrücklichen, formell-gesetzlichen Vorbehalt, namentlich in den Grundrechten, entzogen sei (Aufzählungs-[Eunumerations]theorie). Als Belege seiner Ansicht verweist Arndt auf den Wortlaut der Bestimmung, die Geschichte der Verfassung, das vorkonstitutionelle Recht und außerpreußische Staatsverfassungen. Arndt geht dabei soweit, ein selbständiges Verordnungsrecht der Krone nach preußischem Recht auch noch für die Erscheinungszeit seiner Schrift, die Zeit um 1900, anzunehmen [2]). Die Begründungen der Ansicht im einzelnen sind teilweise dürftig. Dem Umstande, daß den Ständen der vorkonstitutionellen Zeit zur Beratung nur ein Teil der Gesetze vorgelegt wurde [3]), kann nach den 48er Ereignissen bei der Auslegung kein Wert beigemessen werden. Die Verweisung auf die in der Praxis geübte Regelung z. B. der Gebühren usw. im Post- und Telegraphenwesen, des militärehrengerichtlichen Verfahrens, der Pensionen,

---

[1]) Arndt, Das selbständige Verordnungsrecht 1902.

[2]) Arndt, Selbst. V. O. R. S. 279: „Auf den Gebieten, wo nach der Verfassung das Gesetz nicht gefordert wird, ist noch der Wille der Krone allein maßgebend."

[3]) Arndt a. a. O. S. 259.

Tagegelder, Volksschulen, des Militärwesens im selbständigen Verordnungswege [1]) besagt nichts. Die Befugnis der Krone, dort zu handeln, wo ihr die Handlungsfähigkeit nicht ausdrücklich durch Gesetzesvorbehalt entzogen ist, kann ja im Hinblick auf die politische Vorgeschichte der Verfassung, die monarchische Grundlage, garnicht geleugnet werden.

Der entgegengesetzte Satz im Belgischen Verfassungsrecht, der König habe keine anderen Befugnisse als solche, die ihm die Verfassung oder die Gesetze ausdrücklich einräumen, kann für das preußische Recht nicht gelten. Ein durch Artikel 62 möglicherweise ausgesprochener Ausschluß des selbständigen Verordnungsrechtes kann nur die Rechtsverordnungen betreffen, nicht aber die Verwaltungsverordnungen, die in die Freiheitsbetätigung des Untertans ja nur mittelbar eingreifen, nämlich wenn er sich in das besondere Anstaltsverhältnis begibt. Polizeigewalt bedeutet nur Eingriffsbefugnis in die Betätigungskreise und Verhältnisse derer, die im allgemeinen Gewaltverhältnis stehen. Das Erfordernis gesetzmäßiger Verwaltung für nicht allgemeine, sondern besondere Gewaltverhältnisse steht aber nicht zur Erörterung.

Eine andere Lehrmeinung bestreitet gleichfalls den materiellen Vorbehalt in Artikel 62 der alten preußischen Verfassungsurkunde [2]), erkennt aber den Ausschluß des selbständigen Verordnungsrechtes der Exekutivgewalt durch späteren Eintritt ändernden Gewohnheitsrechtes an [3]). Den Hauptbeweis für die Unrichtigkeit einer Verwendung des inhaltlichen (materiellen) Gesetzesbegriffes in Artikel 62 sieht diese Lehre im Umstande, daß Artikel 62 die wörtliche Uebersetzung des Artikels 26 der belgischen Verfassung darstelle. Diese Verfassungsurkunde kennt bekanntlich aber nur die formelle Organisation der Gewaltenträger [4]), wie es sich aus der besonderen Eigenart und Entstehungsgeschichte des belgischen Königreichs, das von Beginn an auf der Volkssouveränität aufgebaut ist, ohne weiteres ergibt. Ferner wird die Ansicht auch dadurch begründet, daß in den Materialien [5]) betont wird, daß die Grenze zwischen den Gebieten der Gesetzgebung und der Verordnung unsicher sei und Grundsätze sich erst entwickeln müßten [6]).

Die Folgerungen, die Arndt aus der Verneinung eines allgemeinen materiellen Vorbehalts in Artikel 62 zieht, werden von dieser Lehrmeinung mit der sicherlich richtigen Begründung abgelehnt, das bei Anwendung der Aufzählungstheorie ja die Privatrechtsgesetzgebung dem Verordnungswege überlassen sei, da sie nicht in die Sondervorbehalte der Verfassung aufgenommen worden sei. Eine derartige Lösung entspreche

---

[1] Arndt a. a. O. S. 260, 263.

[2] So L. v. Stein, die Lehre von der vollziehenden Gewalt S. 75 ff, R. Gneist Verwaltung, Justiz, Rechtsweg (zit. b. Thoma I, Anm. 63).

[3]) Thoma I, S. 197 ff.

[4] Thoma I 184, Smend S. 5—9.

[5]) Motive der XIII. Verfassungsproposition des Königs vom 7. 1. 50.

[6]) So Thoma I, Anm. 39.

aber doch keinesfalls dem Sinne der Verfassung (vgl. Thoma I S. 192). Thoma kommt zu folgendem Ergebnis: In Artikel 62 sei nur die Art des Zustandekommens der Gesetze bezeichnet. Dieser Form seien vorbehalten die Gebiete, bezüglich deren die Verfassung eine solche Regelung ausdrücklich vorschreibt. Weiter fielen, da Gesetze nur durch Gesetze abänderlich und aufhebbar seien, Gebiete, die Gegenstand vorkonstitutioneller königlicher Anordnungen mit Gesetzescharakter gewesen sind, unter den formellen Gesetzesvorbehalt. Kennzeichnend für den Gesetzescharakter sei die Publikation, die Verkündung in der Gesetzessammlung, ohne Rücksicht auf einen satzungsmäßigen Inhalt [1]). Es wird auf den § 7 Einleitung A. L. R. und — als Bestätigung — auch auf § 1 des Gesetzes vom 3. 4. 1846 betr. die Publikation der Gesetze verwiesen: „Landesherrliche Erlasse, welche Gesetzeskraft erhalten sollen, erlangen dieselbe nur durch Aufnahme in die Gesetzsammlung . . ." Sonach steht der Krone — gemäß der Untersuchung von Thoma — nach Erlaß der 50 er Verfassung noch die Abänderung gewohnheitsmäßiger Rechtssätze und Schaffung neuartigen Rechtsguts zu (z. B. Beschaffung von Monopolen — Telegraf, Funk bei neuartigen Erfindungen), es sei denn, die betreffende Materie unterfalle einem gewährleisteten Freiheitsrecht. Ein in seinem Umfange beschränktes kgl. Verordnungsrecht selbständiger Natur habe nach dem ursprünglichen Sinn der Verfassung bestanden. In den späteren Jahren sei eine Rezeption des materiellen Vorbehalts erfolgt. Erst Gewohnheitsrecht, dessen Vater ein Irrtum der vorherrschenden Staatsrechtsliteratur gewesen sei, nicht aber die Verfassung selbst, habe bewirkt, daß das selbständige Verordnungsrecht der Krone erloschen sei.

Die Lehrmeinung, die sich in Praxis und Literatur im monarchischen Preußen erfolgreich behaupten konnte, vertritt den allgemeinen Rechtssatzvorbehalt: Alle Anordnungen für die Allgemeinheit seien dem Erlaß durch die Krone entzogen und formellem Gesetzgebungsverfahren vorbehalten. Dieser Rechtszustand bestehe nicht kraft nachträglicher Aenderung, sondern bereits seit Inkrafttreten der Verfassung.

Die einen stützen ihre Meinung auf den Verfassungswortlaut selbst, indem von ihnen im Artikel 62 „Gesetz" mit Rechtssatz übersetzt wird [2]). Sie verweisen auf die Tatsache, daß im Absatz I des Artikels die „die gesetzgebende Gewalt" ausübenden Organe benannt sind, über die Art des Gesetzgebungsverfahrens dann erst im folgenden entschieden werde. Eine Auslegung wie die zuerst dargelegte lasse den Absatz I als überflüssig erscheinen. So sei bereits durch den Verfassungswortlaut der Ausschluß eines selbständigen monarchischen „Rechts"-Verordnungs-

---

[1]) Thoma I S. 199 am Ende, 209. Gleicher Ansicht über die Gesetzeseigenschaft landesherrlicher Verordnungen aus der absoluten Zeit ist W. Jellinek Verw. R. S. 113.

[2] Anschütz I Kommentar S. 134, v. Stockmar, Anschütz, Theorien S. 16: Hinweis auf Gewaltenteilung S. 11 ff., Laband Staatsrecht S. 89 ff. zit. bei Thoma, Anm. 46).

rechtes zu erkennen. Dieser Ausschluß ergebe sich aber auch aus dem Sinn der Verfassung (Konstitutionelle Monarchie: Teilung in der Gewaltenausübung).

Die andere hier einschlägige Meinung [1]) beruft sich nur auf die letzte Beweisführung. Sie erkennt an, daß dem Artikel 62 als wörtlicher Uebersetzung des Artikels 26 der belgischen Verfassung nicht Verwendung des materiellen Gesetzesbegriffs beizumessen ist.

Es müsse jedoch neben den kasuistischen Bestimmungen im Titel II a. preuß. Verf.-Urk. — die ja, wie von keiner Seite bestritten wird, jedenfalls auch Wirkung gegen Eingriffe abstrakter Natur haben — ein allgemeiner Grundsatz gelten, daß Rechtssätze zum Vorbehalte der Legislative gehören. Einige (Smend, Otto Mayer) behaupten die Immanenz des materiellen Rechtssatzvorbehalts in der Verfassungsurkunde ohne jede Beziehung auf Artikel 62. Andere (Bühler a. a. O.) verweisen in diesem Zusammenhang doch auch auf Artikel 62, der von der „gesetzgebenden Gewalt“ spreche.

Stellungnahme: Die Arndt'sche Auslegung ist bereits unter S. 18, 19 durch Darlegung von Thoma's Beweisführung widerlegt worden. Mindestens muß die Abänderung der Verfassung durch gewohnheitsrechtliche Aufnahme des inhaltlichen Gesetzesbegriffs schon frühzeitig angenommen werden. Wenn selbst von konservativer Seite, von der die Rechte der Krone stets hervorgehoben werden [2]), ein selbständiges kgl. Verordnungsrecht Anfang der 60er Jahre nicht behauptet wird, so läßt dies mindestens auf die Allgemeinheit der Rechtsüberzeugung und Beendigung einer etwaigen Rezeption schließen [3]). Wir aber möchten annehmen, daß der bis 1918 in Preußen geltende Rechtszustand hinsichtlich der Verordnungsgewalt der Krone seit dem Erlaß der 50er Verfassung besteht. Es wird von denen, die den materiellen Vorbehalt aller Rechtssätze nicht als ursprünglichen Bestandteil des preußischen Verfassungsrechts ansehen, nicht geleugnet, daß die in der kgl. Verordnung vom 6. April 1848 verheißene „Zustimmung zu allen Gesetzen“ Vorbehalt aller Rechtssätze für die ordentliche gesetzgebende Körperschaft bedeutet habe [4]). Zur Uebernahme belgischer Verfassungsbestimmungen entschloß man sich aus der Notwendigkeit heraus, schnell mit einem fertigen Verfassungsentwurf vor die Nationalversammlung zu treten. (So gerade Thoma a. a. O.) Da die belgischen Verfassungsbestimmungen aus diesem Grunde verwendet wurden, kann doch nicht auf Aufgabe dieser Grundsätze geschlossen werden. Bei Schaffung des Artikels 26 der const. belge, dem der Artikel 62 wörtlich entspricht, war allerdings nicht an eine Fest-

[1] Bornhak pr. Staatsrecht I [2] 513, 517, 532, Smend S. 31 ff. zit. Thoma I Anm. 62), Otto Mayer I 272, Bühler, Subj. öffentl. Rechte, S. 70/71.

[2]) Vergl. Verfassungs-Urkunde des Patriotischen Vereins Königsberg, Vorwort I ff, S. 18.

[3] Verfassungs-Urkunde wie zu Anm. 2, Erläuterung zu Art. 62 S. 25.

[4]) Thoma I S. 183/4.

legung des allgemeinen Rechtssatzvorbehaltes gedacht. Da das belgische Königreich auf der Volkssouveränität begründet ist, ergab es sich ohne weiteres, daß dem König ein selbständiges Verordnungsrecht nicht zustand, wie für jedes obrigkeitliche Tätigwerden erst gesetzliche Vollmacht von der Volksvertretung vorliegen muß. Die Wendung des Artikels 62, „gesetzgebende Gewalt", umfaßt ihrem Wortsinn nach im Hinblick auf die Artikel 45 und 86 a. pr. Verf.-Urk. (vollziehende und richterliche Gewalt) die rechtsetzende Staatstätigkeit. Nur in Ansehung der belgischen Verfassungsmotive kam man zu einer entgegengesetzten Auffassung. Der Artikel 62 erschien bereits als § 36 bezw. Artikel 55 in der Regierungsvorlage vom 20. Mai 1848 und im Kommissionsentwurf der Nationalversammlung. Es erscheint unerklärlich, aus welchem Grunde man in dieser Zeit, in der die Volksbewegung noch nicht niedergeworfen war, von der (gem. zitierter Verordnung) dem Volke gegebenen Versprechung, für sämtliche Gesetze (= Rechtssätze) die Zustimmung der Volksvertretung einzuholen, Abstand genommen hätte. Diese Ansicht wird bestätigt durch die bei Rönne (a. a. O.) zu Artikel 45 Anm. 1 zitierten Motive zum Kommissionsentwurf der Nationalversammlung. Diese sagen ausdrücklich: „Das Recht des Königs zur Erlassung von Ausführungsordonnanzen ist ein Ausfluß seiner exekutiven Gewalt. Dieses Recht mußte indessen in genau bestimmte Schranken eingeschlossen werden, damit es niemals zum Eingriff in das eigentliche Gebiet der gesetzgebenden Gewalt führen könne." — Dagegen fehlt in den Materialien jede Bezugnahme auf die besondere Eigenart der übernommenen belgischen Bestimmungen.

Die besondere Auslegung, die Art. 26 der belgischen Verfassung erfahren hat, entspricht nicht den preußischen Verhältnissen. Hier muß man nach Wortlaut und preußischen Vorgängen auslegen, nicht aber nach dem parlamentarischen Werdegang und der politischen Geschichte des entsprechenden Artikels im belgischen Recht. Artikel 63 a. pr. Verf.-Urk. erklärt ausdrücklich Verordnungen mit Gesetzeskraft, unter verantwortlicher Zeichnung des Staatsministeriums, „nur in den Fällen . . . ungewöhnlichen Notstandes" für zulässig. Die exegetische Erörterung von Thoma hierzu [1]) erscheint gesucht.

Wir kommen danach zu folgendem Ergebnis: Durch Artikel 62 a. pr. Verf.-Urk. („die gesetzgebende Gewalt wird durch den König und zwei Kammern gemeinsam ausgeführt") ist seit Bestehen der preußischen Verfassung der Satz festgelegt, daß Verordnungen, die allgemein verbindliche Rechtssätze enthalten, anders als auf Grund gesetzlicher Ermächtigung in Preußen nicht erlassen werden konnten.

Das Verhältnis der Verfassungsbestimmungen, welche Einschränkungen der Verordnungsgewalt betreffen, zueinander läßt sich, wie folgt, klären: Die Einzelfreiheitsverbürgungen in Titel II der Verfassung betreffen und verbieten jedenfalls auch die Eingriffe der Obrigkeit mittels Verordnung

[1]) I S. 185.

ohne gesetzliche Vollmacht. Das Verbot ursprünglicher (originärer) Polizeiverordnungen im heute landläufigen Sinne, die ohne formell-gesetzliche Ermächtigung erlassen werden, ist im Artikel 8 ausgesprochen (insofern erhellt, daß den sonstigen Freiheitsverbürgungen in Titel II der Verfassungsurkunde noch eine besondere Bedeutung zukommen muß). Artikel 62 verbietet über den Inhalt des Artikels 8, der ihm gegenüber als lex specialis zu gelten hat, hinaus sämtliche selbständige rechtssatzförmigen Eingriffe, mögen sie den Untertanen unmittelbar oder auch nur mittelbar berühren, wofern er nur im allgemeinen Gewaltverhältnis steht.

Der bisher freie Weg der Obrigkeit, d. h. des Königs und somit erst recht der durch ihn ermächtigten Behörden, abstrakt, durch allgemeinverbindlichen Rechtssatz in den Lebenskreis des Untertanen einzugreifen, ist völlig versperrt. Zur Ueberwindung dieser Schranke ist eine formellgesetzliche Ermächtigung notwendig. Dieser neuen Rechtslage wird Rechnung getragen: 1. durch die verfassungsgesetzliche Ermächtigung im Artikel 45, Ausführungsverordnungen zu erlassen, in den Art. 62, 111, die ein Notverordnungsrecht begründen in Verbindung mit dem Gesetz über den Belagerungszustand vom 4. Juni 1851; 2. durch einfache, gesetzliche Ermächtigung im § 6 Pol.-Verw.-Ges. vom 11. März 1850, im Landesverw.-Ges. vom 30. Juli 1883 §§ 136 ff.

1b. Inwieweit hat die Verfassung von 1850 die polizeiliche Verfügungsgewalt beschränkt?

Wir hatten in unseren Untersuchungen über den Umfang der Polizeigewalt vor Erlaß der 50er Verfassung im Gegensatze zu einer bedeutenden Lehrmeinung festgestellt, daß Eingriffe durch Behörden ohne besondere gesetzliche Ermächtigung erfolgen konnten. Die Vollmacht zum Handeln war bereits mit der Organschaft gegeben. Sie ging auf die Wahrnehmung der Staatsinteressen. Selbst von den Gegnern muß anerkannt werden, daß mindestens auf dem Wege über den König (durch dessen Spezialmandat) der Behörde der Weg zum Untertanen offenstand. Gegenüber diesem freien Eingriffsrecht sichern die in Titel II aufgeführten „Rechte der Preußen" einzelne Freiheiten, deren Unversehrtheit sie mit Vorbehalt gesetzlicher Einschränkung gewährleisten. Es wird nun die Ansicht vertreten, daß durch die 50er Verfassung nicht nur einzelne Betätigungen und Verhältnisse des Untertanen geschützt werden, sondern schlechthin der Obrigkeit Eingriffe, auch durch Individualakte, untersagt worden seien.

Nach unseren Untersuchungsergebnissen können die Hinweise auf den bereits vor 1850 herrschenden gleichartigen Rechtszustand nicht verwertet werden. Dies gilt bereits für die Stellung der Behörden. Außerdem bestand jedenfalls ja das kgl. ungebundene Verfügungsrecht und Spezialmandat. Die Lehrmeinungen teilen sich in zwei Gruppen: Die einen behaupten, und das ist die h. M.: Seit 1850 gelte in jedem

Falle auch für das Staatsoberhaupt das Eingriffsverbot mit Vorbehalt gesetzlicher Ermächtigung: Entweder wird behauptet, der Satz sei der Verfassung eingeboren, ein Axiom des Verfassungsstaates und bedürfe keiner ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz, oder Artikel 5 in Verbindung mit Artikel 9 (Grundrechte über Freiheit und Eigentum) werden weitgehend ausgelegt, indem die dort gesicherte Freiheit der individuellen Handlungsfreiheit gleichgesetzt wird [1]). Nach Anschütz [2]) hat das „Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung" — (soweit es Eingriffe durch Individualakt betrifft) — im Artikel 5 seinen Ausdruck erhalten. Im Hinblick auf diese Wirkung sei Artikel 5 gegeben [3]).

In der Betrachtung „Grundrechte und Polizeigewalt" würde sich hiernach unter Beachtung dieser Feststellung Folgendes ergeben: Die rechtliche Eingriffsmöglichkeit der Obrigkeit ist mit Erlaß der Verfassung beseitigt, und zwar durch die Artikel 62 und 5 (9) im Zusammenwirken [4]). Erst auf Grund eines Gesetzestitels vermag die Behörde, die um den Einzelnen gezogene Schranke aufzuheben. Die Grundrechte haben die bisher ungebundene Polizeigewalt überwunden.

Demgegenüber wird in neueren Untersuchungen [5]) behauptet, daß die Lehre der h. M. zwar im Ergebnis den Rechtszustand nach späterem Verfassungsrecht wiedergebe, aber nicht dem ursprünglichen Sinn der Verfassungsurkunde Rechnung trage. Daß diese Lehrmeinung die richtige ist, wird jetzt zu beweisen sein.

Wir haben den Ausschluß des selbständigen Verordnungsrechts bereits für die Zeit seit Inkrafttreten der Verfassung angenommen. Ließe sich nicht mittels argumentum a potiori folgern, daß die Verwaltung erst recht nicht von Fall zu Fall verfügen dürfe, da ihr ja allgemeine Anordnungen versagt sind. Dieser Schluß wird zwar in der Literatur gezogen, ist aber nicht richtig. Dies ergibt sich einmal aus der Vorgeschichte der konstitutionellen Bewegung: Deren Ziel war nur, sich Mitwirkung bei Erlaß von Gesetzen zu sichern, um dann mittels der zu schaffenden Gesetze allmählich auf die Handhabung der Verwaltung Einfluß zu gewinnen [6]). Da bei Eingriffen durch Verfügungsakt Berührung mit der erlassenden Behörde stattfindet, Erinnerungen und Beschwerden eingelegt werden können und schließlich auch der Rechtsschutz besser ausgestaltet ist, entbehrt diese Beweisführung des zwingenden Schlusses. Sie wird darüber hinaus noch widerlegt. Der Wortlaut des

---

[1]) Fleiner Institutionen, Anschütz I S. 135.

[2]) A. a. O. S. 134/141.

[3]) Anschütz I S. 134.

[4]) Diese wohl unnötige Zweiteilung — Art. 5 würde in der weiten Auslegung das gesamte Prinzip einbegreifen — erfolgt nach Anschütz.

[5]) Bühler subj. öffentl. R. S. 73 ff, Thoma I S. 216,

[6]) Bühler, subj. öffentl. R. S. 73/74.

Artikels 5 [1]) läßt die Deutung als wahrscheinlich zu, daß nur die körperliche Bewegungsfreiheit gewährleistet wird, wie auch Artikel 9 nur Sicherung gegen gänzliche oder teilweise Enteignung, also nur der „Substanz des Eigentumsrechtes“ [2]) bedeuten soll [3]). Die Materialien lassen nichts für eine extensive Auslegung der Artikel erkennen. Eine solche wäre zwar schließlich auch mit dem Wortlaut vereinbar, doch spricht dieser schon mehr für die gegnerische Ansicht. Wenn das Gesetz zwei Auslegungsmöglichkeiten zuläßt, so entscheidet für das damals geltende Recht die Praxis. Hier müssen wir feststellen: Polizeiliche Einzeleingriffe vollziehen sich nicht im Rahmen einer gesetzlichen Bestimmung, und unter Bezugnahme auf eine gesetzliche Ermächtigung, etwa des § 10 II 17, der ja übrigens, wie auf Seite 13 nachgewiesen, gewohnheitsrechtlich außer Kraft gesetzt war. Nur in den Fällen, in denen eine besondere, grundrechtlich gesicherte Freiheit vom Eingriff betroffen werden soll, handelt die Behörde gemäß den Gesetzen, die zur Ueberwindung der grundrechtlichen Sicherungen ergangen sind, und unter Berufung auf sie. Hätte in Preußen der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung bereits gegolten, so wäre dies von den Lehrbüchern des Verwaltungsrechts, selbst wenn sie nicht speziell dem preußischen Rechte gewidmet sind, nicht unbeachtet geblieben. Wir möchten nur die Werke zweier hervorragender Schriftsteller aus den 60er Jahren heranziehen, nämlich von Robert von Mohl und Lorenz von Stein [4]). Beide stellen fest, daß „das verfassungsmäßige Zwangsrecht, das Recht der Regierungsgewalt, in keinem Staate Gegenstand einer systematischen Gesetzgebung geworden sei“ [5]). Man müsse es vielmehr aus gewissen Grundsätzen schätzen. Da die Polizei Teil der Staatsverwaltung sei, müsse sie in deren Geist handeln [6]). Es komme also darauf an, sich über den Aufgabenkreis des Staates klar zu werden, um daraus den Polizeibegriff zu ermitteln. „Polizei“ bedeutet bei den Schriftstellern zumeist den Inbegriff der von der Behörde in erlaubter Weise auszuübenden Handlungen: Polizeigewalt. Hierzu bemerkt Mohl [7]): „Der Staat hat nicht bloß Rechtsordnung im Staate zu erhalten, sondern auch unmittelbar durch Anwendung der Gesamtkraft die Lebenszwecke der Bürger möglichst zu fördern.“ Die wissenschaftliche Gesamtbezeichnung dieser Tätigkeit sei „Polizei“. Wenn Mohl auch [8]) „die Freiheit des Bürgers

---

[1] „Die persönliche Freiheit ist gewährleistet. Die Bedingungen und Formen, unter welchen eine Beschränkung, insbesondere eine Verhaftung zulässig ist, werden durch das Gesetz bestimmt.“

[2]) Thoma I S. 218.

[3] Weitere Auseinandersetzung mit dem Wortlaut vergl. Bühler a. a. O. S. 75.

[4]) Mohl, Enzyklopädie (I „Die Polizei-Wissenschaft“. (II) Lorenz Stein, Die Lehre von der vollziehenden Gewalt.

[5]) Stein S. 196, 201.

[6]) Mohl II S. 3.

[7]) Mohl II S. 274.

[8]) Mohl II S. 19.

als Grundlage des ganzen Rechtsstaates" ansieht, so kann er sich in Ansehung des dargelegten Staatszweckes doch nicht entschließen, die Ausübung der polizeilichen Zwangsgewalt lediglich auf die Gefahrenabwehr zu beschränken, da ja sein Staat nicht als der „Nachtwächterstaat" der konsequenten, bis zur Grenze des Wirtschaftlichen gehenden Liberalisten erscheint. Er verquickt also die Auffassung vom Zwecke der Staatstätigkeit mit den Ueberzeugungen seiner Zeit vom Rechtsstaate, um so zu einer, den Inhalt des § 10 II 17 nicht wesentlich überschreitenden Maxime für die polizeiliche Zwangsgewalt zu kommen. Diese Richtlinien mögen der Handhabung der Praxis entsprechen. Kennzeichnend ist der Umstand, daß nur Grundsätze für den Umfang der Polizeigewalt (im allgemeinen) maßgeblich sind. Diese, von jedem Schriftsteller modifiziert ausgegebenen Maxime beweisen, daß man eine gesetzliche Ermächtigung für jedes polizeiliche Einschreiten nicht für nötig erachtete. Der Inhalt des Rechtsstaatsgedankens ist nicht so umfassend wie in der späteren Zeit und heute. Kennzeichnend für die Rechtsüberzeugung jener Zeit ist der Satz bei Mohl [1]), „Polizei darf nur nicht gegen das Recht handeln. Heilighaltung allen Rechtes ist der erste Grundsatz in einem Rechtsstaat." (Nichts contra legem. Vorrangskraft des Gesetzes.)

Als letztes mag noch gegen die Ansicht von Anschütz, Art. 5 sei weitgehend auszulegen, die Eigenart der in Titel II a. pr. Verf.-Urk. aufgezählten Rechte als „Grund"-Rechte hervorgehoben werden. Im ersten Teil der Untersuchung konnten wir feststellen, daß selbst für die Behörden, abgesehen sogar vom monarchischen Verfügungs- und Verordnungsrecht, der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung (secundum, legem) nicht galt, vielmehr schon die Organschaft zum Handeln ausreichte, indem sie selbst die Ermächtigung enthielt, in Wahrnehmung der Staatsaufgaben nach freiem Ermessen zu handeln.

Wenn nun einzelne Freiheiten in der Verfassung aufgeführt werden, so kann dies nur besagen, daß ohne diese Garantien für die Verwaltung Schranken nicht bestünden. Es hieße, dem zuvor herrschenden Standpunkte keinerlei Rechnung tragen, wollte man, wie es Anschütz tut, diesen Rechten nicht Grund — d. h. Urrechtscharakter zusprechen und sie von Anfang an als leerlaufende Bekräftigungen dessen ansehen, was in den Artikeln 5 und 9 bereits ausgeführt ist. Gerade in dieser Erstlingsverfassung Preußens muß das Grundrecht, wo es formell als „Recht der Preußen" auftritt, vollen Inhalts sein. Schließlich hat auch der Gesetzgeber Folgerungen, die sich bei sofortiger Geltung des „Prinzips" ergeben hätten, nicht gezogen [2]), hat vielmehr nur in den Fällen neue, in Grenzen gehaltene Eingriffsbefugnisse für die Verwaltungsbehörde geschaffen, in denen (im Titel II) gewisse Arten der freien Selbstbestimmungen unter Gesetzesvorbehalt der Polizei entzogen sind.

---

[1]) Mohl II S. 29.

[2]) Bühler a. a. O. S. 83.

2. Infolge des Inkrafttretens der Grundrechte ist die Eingriffsgewalt der Polizei auf Grund freien Ermessens gegenüber gewissen Betätigungen und Verhältnissen des Untertanen ausgeschlossen worden. Zur Ueberwindung dieser grundrechtlichen Sicherungen bedarf die Polizei zwecks (jetzt eingeschränkter) Neubegründung ihrer Gewalt gesetzlicher Ermächtigungen.

Es sind dies zur teilweisen Ueberwindung der grundrechtlichen Sicherung:

a) der Art. 5, 6 (Bewegung und Wohnungsfreiheit): Gesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit vom 12. Februar 1850 (Ges.-S. S. 45) umfaßt auch Recht zur Schutzhaft, Festnahme usw.;
b) des Art. 9 (Eigentum): Gesetz von 1874 (!);
c) des Art. 27 (Pressefreiheit): Gesetz über die Presse vom 12. Mai 1851 (Ges.-S. S. 273);
d) Art. 29, 30 (Vereinigung und Versammlung): Verordnung vom 11. März 1850 über Mißbrauch des Versammlungs- und Vereinigungsrechtes (Ges.-S. S. 277);
e) Schließlich zur Ueberwindung der grundrechtlichen Sicherungen insgesamt: das Polizei-Verw. Ges. vom 11. März 1850 (Ges.-S. S. 265). Einzelheiten hierzu interessieren nicht mehr.

§ 5.

1. Untersuchung der Rechtsgeschehnisse.

Ende der 70er Jahre erscheint in der Wissenschaft [1]) bei der Lehre vom Rechtsstaat ein neuartiges Postulat. Hatte man bisher das Wesen des Rechtsstaats in der Beachtung der Vorrangswirkung des Gesetzes durch die Verwaltungsorgane gesehen [2]), so wird jetzt darüber hinaus für jeden obrigkeitlichen Eingriff eine formell-gesetzliche Ermächtigung gefordert, so F. F. Mayer sogar schon 1862. (Aus nihil contra legem wird omnia secundum, infra legem.) Allerdings läßt er in Kenntnis der materiellen Schwierigkeiten, wie Bühler meint [3]), es genügen, wenn die Polizeibefehle durch die „allgemein anerkannten Aufgaben der Polizeiverwaltung" gedeckt sind. Dies bestätigt übrigens unsere Ausführungen auf Seite 25. Diese von Laband fest vertretene Ansicht wird allseitig aufgenommen, obwohl sie, wie wir aus der sonstigen Literatur der 60er Jahre (Hauptvertreter: Stein, Mohl) ersehen haben, vorher nicht vertreten wurde. Bühler stellt für das damalige Schrifttum richtig die Tatsache fest, „daß Ende der 70er Jahre das weitergehende Postulat als geltendes Recht betrachtet wird". Der Erfolg der Lehre läßt sich

---

[1]) Laband, Staatsrecht und Leuthold: Das kgl. sächs. Verordnungsrecht, beide 1878. Vgl. im übrigen Bühler a. a. O. S. 76 ff.

[2]) F. F. Mayer a. a. O. S. 100.

[3]) Bühler a. a. O. S. 77.

auf die im Jahre 1878 einsetzende, seiner Zeit überraschend wirkende Rechtssprechung des Oberverwaltungsgerichts zurückführen [1]). Das Oberverwaltungsgericht hat zwar, wie wiederum Bühler nachweist [2]), eine Fassung des Grundsatzes der gesetzmäßigen Verwaltung erst in einem Urteil vom 6. Januar 1896 vorgenommen, allein die von ihm geübte Praxis bedeutet Anwendung des von der Wissenschaft aufgestellten Grundsatzes. Beide Rechtsüberzeugungen werden unabhängig voneinander vertreten. Es sei hervorgehoben, daß das O. V. G. die Notwendigkeit einer Anwendung des § 10 II 17 nie aus der Verfassung herausgelesen hat [3]).

So ist der Grundsatz von der gesetzmäßigen Verwaltung Gesetz geworden. Die Rechtsprechung des obersten Gerichtes bewirkt Beachtung des Grundsatzes bei den Verwaltungsbehörden und beschleunigt die Aufnahme der ohnedies schnell übernommenen Lehrmeinung Labands in der Wissenschaft. Die von Thoma für das Verordnungsrecht behauptete Rezeption, die wir in weitgehenderer Auslegung der Verfassung ablehnen, muß für die Beschränkung des Verfügungsrechtes bejaht werden. Seit jener Rezeption vertreten die einen die Ansicht, das Prinzip habe bereits in Artikel 5 der alten Preußischen Verfassungsurkunde Ausdruck gefunden, die anderen meinen, es sei als allgemeines Freiheitsrecht immanenter Bestandteil der Verfassung.

2. Ueberblick.

Wir kommen in unserer Betrachtung „Grundrechte und Polizeigewalt" für das monarchische Preußen zu folgendem Ueberblick:

Es läßt sich eine rückläufige Entwickelung der Polizeigewalt in Stufen feststellen. In der Zeit

a) bis zum Jahre 1850: Freies Einwirkungsrecht der Polizei auf den Einzelnen. Die Ermächtigung ist bereits in der Organschaft und dem Auftreten als Behörde gegeben. Die Tätigkeit kann insoweit erfolgen, als es den ungenau umrissenen Aufgaben des Staates entspricht. Der Weg zum Einzelnen ist frei, mögen die Eingriffe durch Verordnung oder durch Individualakt erfolgen.

b) Seit dem Bestehen der Grundrechte ist zu unterscheiden:

A. Hinsichtlich der Eingriffe durch abstrakten Rechtsbefehl.

Durch die Artikel 62,8 der Verfassung wird die freie Polizeiverordnungsgewalt (in weitestem Sinne) aufgehoben, da Eingriffe durch Verordnung zum Gesetzesvorbehalt erklärt sind. Da bei der verfassungsrechtlichen Begründung des Grundrechtsbegriffs dessen Inhalt alle aus dem status negativus fließenden Rechte umfaßt, kann es gleichgültig sein, ob die einschlägige Bestimmung in Titel II enthalten

---

[1] Das übergroße Erstaunen der Fachkreise über diese Entscheidungen müßte doch in Verbindung mit dem Wortsinn der Verfassung, der alles offen läßt, auch wiederum die Lehre von Anschütz als unrichtig erscheinen lassen.

[2]) A. a. O. S. 80.

[3]) O. V. G. E. I S. 337, II S. 395 usw.

ist oder an einer Stelle, bei der das Verhältnis Legislative zu Exekutive geklärt wird. Dieses Verhältnis wird ja ebenfalls bei den formellen Grundrechten durch das Eingriffsverbot unter Gesetzesvorbehalt betroffen. So bewirkt denn auch Artikel 62 rückstrahlend den Anspruch des Einzelnen auf Unterlassung von Verwaltungsakten, die in Gestalt von Verordnungen auftreten. Er fällt somit unter den inhaltlichen Grundrechtsbegriff. Außerdem wird ja dieser Anspruch hinsichtlich der unmittelbaren Zwangsgewalt (Polizeistrafverordnungen) in dem formellen Grundrecht des Artikels 8 ausgesprochen. Hinsichtlich dieses Eingriffsmittels (der Verordnung) haben die Grundrechte die Polizeigewalt völlig ausgeschaltet. In beschränktem Maße hat die Verwaltung (i. w. S.) durch gesetzliche Ermächtigungen ihre Gewalt wiederhergestellt erhalten und überwindet insofern die Grundrechte und den durch sie gesicherten individuellen Freiheitskreis.

B. Hinsichtlich der Eingriffe durch konkreten Polizeibefehl (Polizeiverfügung).

aa) Bis zum Ende der 70er Jahre.

Die Grundrechte haben den bisher freien Weg der Polizeibehörden (einschließlich derer höchsten Spitze) zum Einzelnen durch Begründung von Eigensphären für bestimmte Betätigung des Untertans teilweise verschlossen. Mittel zur Ueberwindung der Hindernisse sind allein gesetzliche Ermächtigungen. Soweit besondere Freiheitskreise nicht betroffen werden, steht den Behörden (einschließlich der Krone) das Einwirkungsrecht durch Polizeiverfügung, gebunden lediglich durch das (pflichtgemäße) Ermessen zu [1]). Durch die ihr verliehenen gesetzlichen Ermächtigungen (z. B. Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit pp., vgl. S. 44) überwindet die Polizeigewalt teilweise die grundrechtlich sichergestellten Eigensphären.

bb) Ende der 70er Jahre findet die gewohnheitsrechtliche Rezeption des allgemeinen Freiheitsrechtes statt.

Die Polizeigewalt ist nicht durch das Grundrecht beschränkt worden, sondern hat sich, bewogen durch die anhaltende höchstgerichtliche Rechtssprechung, selbst beschränkt und durch diese Selbstbeschränkung zumeist zur Bildung des „Grundrechts der allgemeinen Freiheit" beigetragen. Wir können also hier nicht von Beeinträchtigung der Polizeigewalt durch das Grundrecht, sondern umgekehrt, von einer Einwirkung der sich selbst beschränkenden Polizeigewalt im positiven Sinne auf die Grundrechte sprechen. Das in die Verfassung hineingelesene allgemeine Freiheitsrecht, das dem „Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung" — von der Seite des Untertans aus

---

[1] Die Grundsätze hierüber werden aus den Zeitanschauungen über die Aufgaben des Staates geschöpft. Man gerät hierbei immer mehr in Abhängigkeit von der liberal-individualistischen Anschauung.

betrachtet — verfassungsmäßige Geltung verschafft, hat die bisher in voller Bedeutsamkeit bestehenden einzelnen Grundrechte kraftlos, „leerlaufend" gemacht. Sämtliche die Lebensbeziehungen des Einzelnen umfassenden Gebiete sind dem Zugriff der Polizei (i. w. S.), der bisher teilweise nicht gebunden war, entzogen. Die Einzelschranken, die bisher Sicherung gegen den nicht gesetzmäßigen Eingriff der Polizei bedeuteten, sind ersetzt durch die allgemeine Schranke, die jetzt den gesamten Lebenskreis des Untertanen umfaßt. Sie sind hinfällig geworden, da das Mittel zur Ueberwindung der Hauptschranke (die gesetzliche Handlungsermächtigung) auch geeignet ist, sie selbst zu überwinden [1]).

Die durch das allgemeine Freiheitsrecht erfolgte Sicherung wird durch die Generalermächtigung des § 10 II 17 — für diesen beschränkten Teil — überwunden. Anschütz [2]) hat hervorgehoben, daß dem „Prinzip", das Artikel 5 enthält, bei Eingriffen der Verwaltung genügt wird, wenn diese sich auf einen Rechtssatz berufen kann, „gleich, ob er von der rechtsbildenden Macht der Gewohnheit getragen oder auf Grund von formellen Gesetzen begründet ist". Das erscheint richtig: Das „Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung", dessen subjektivrechtlicher Form man im „allgemeinen Freiheitsrecht" Ausdruck gegeben hat, verdankt seine Entstehung der Wandlung des Rechtsstaatsbegriffs. Diese dürfte sich unter dem Vorherrschen der liberalen Ideologie vollzogen haben, indem man dem Bestreben „Freiheit vom Staate" bis zur letzten tragbaren Konsequenz gerecht werden wollte. Es kam also nicht darauf an, durchaus jeden Eingriff der Exekutivgewalt von dem (formellen) Gesetzgeber abzuleiten, als vielmehr der Polizeigewalt möglichste Schranken zu setzen. So kann dem „Prinzip" durch eine dem Gewohnheitsrecht entstammende Ermächtigung, wie sie es — unseren Feststellungen nach — die Anwendung des § 10 II 17 Ende des 19. Jahrhunderts bedeutet, vollauf genügt sein [3]). Voraussetzung dafür, daß das Gewohnheitsgesetz wirklich Ermächtigung bleibt, daß dem allgemeinen Freiheitsrecht (Prinzip) lediglich entsprochen, nicht aber dieses außer Kraft gesetzt wird, ist, daß in der Ermächtigung eine gewisse Begrenzung liegt und nicht ein völlig freies Handeln ermöglicht wird, wie es bei der Ermächtigung im absoluten Staat (enthalten bereits in der Organschaft) der Fall war. Danach müßten auch zur Beschränkung des „allgemeinen Freiheitsrechtes" Ermächtigungen vorkonstitutioneller Gesetze — Publikationsmerkmal entscheidend — mindestens bis 1918 genügt haben, wenn sie nur der ermächtigten Behörde gewisse Grenzen für ihr Tätigwerden ziehen.

Mit der durch Gewohnheitsrecht bewirkten, verfassungsmäßigen Festlegung des Grundsatzes der gesetzmäßigen Verwaltung hat die stufen-

[1]) Die hier bei der Polizeiverfügungsgewalt festgestellte stufenmäßige Entwicklung der individuellen Freiheit würde, wenn man den Darlegungen von Thoma folgt, gleichfalls gegenüber der Polizei-Verordnungsgewalt festzustellen sein.

[2]) A. a. O. I S. 141.

[3]) Diese Ansicht wird übrigens u. a. geteilt von Drews (a. a. O.) S. 5, Bühler S. 86: § 10 II 17 eine v. O. V. G. ausgegrabene Bestimmung u. s. f.

förmige Bedeutungszunahme und Einwirkung der Grundrechte auf die Gewalt der Polizei in ihrem allgemeinsten Umfang ihr Ende erreicht. Die Festlegung, die das Problem Ende der 70er Jahre erfuhr, gilt allgemein auch noch heute. Es wurde seine Regelung als dem Rechtsstaat eigentümlich angesehen. So bringt denn auch die neue reichsrechtliche Ordnung in der Verfassungsurkunde vom 11. August 1919 nur Aenderungen im besonderen. Es muß einer eigenen Bearbeitung vorbehalten bleiben, gerade unter dem Gesichtspunkt der wechselseitigen Einwirkung von „Grundrecht und Polizeigewalt" die wichtigsten grundrechtlichen Rechtslagen und ihre jeweilige Ueberwindung durch die Polizei zu ergründen und zusammenzustellen [1]). Hier können nur einige Fragen kurz gestreift werden.

§ 6.

1. Mit dem Jahre 1919 werden die grundrechtlichen Sicherungen Reichsverfassungsrecht. Die heute herrschende Lehrmeinung hat sich nicht begnügt, die in der Verfassung als Grundrechte geführten Bestimmungen schlechthin und ausschließlich als solche anzusehen (formelle Auffassung des Grundrechtsbegriffs, wie ihn die Praxis einmal im Ermächtigungsgesetz 1923 brachte [vereinigte Zivilsenate Band 107 S. 320 ff]). Vielmehr versucht man, einen inhaltlich bestimmten Begriff zu erarbeiten. Allgemein übernommen ist die von Thoma gegebene Bestimmung des inhaltlichen Grundrechtsbegriffs [2]).

a. Sein System geht dahin: Der inhaltliche Grundrechtsbegriff des neuen Rechts umfaßt:

A) das allgemeine Freiheitsrecht im Verfassungsstaat (status negativus des Staatsbürgers),

B) die besonders gehobenen, der unterstaatlichen Person gegenüber der Staatsgewalt eingeräumten subjektiven Rechte (status positivus und activus), ungeachtet ihrer Einordnung in Teil I oder II der R. V.,

C) die besonderen Sicherungen des allgemeinen Freiheitsrechtes (sogenannte grundrechtliche Verstärkungen). Zu diesen Ausstrahlungen des allgemeinen Freiheitsrechtes rechnet Thoma jene Unterlassungsrechte, die

mit Reichsverfassungskraft ersten und zweiten Grades,

mit Reichsgesetzeskraft ausgestattet sind, zudem noch

die Freiheiten, die durch einfache, indes eigens dem Zwecke der Freiheitsverbürgung gewidmete reichsgesetzliche Normen geschützt sind (z. B.: die einschlägigen Bestimmungen im Freizügigkeitsgesetz, der Reichsgewerbeordnung, dem Reichsvereins- und dem Reichspressegesetz).

---

[1]) Das neue Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931 macht durch seine Abfassung eine Zusammenstellung der Normen unnötig, die „nur gesetzeskräftige" Grundrechte überwinden.

[2]) „Grundrechte und Polizeigewalt" in der Festschrift für das O. V. G., sowie Einleitung zu Nipperdeys „Grundrechten und Grundpflichten der Deutschen".

Die Gruppe zu B) interessiert hier weniger, da es sich vor allem um die gegen die Polizei gerichteten Grundsätze des negativen status handelt.

b) Stellungnahme:

Zu A). Das allgemeine Freiheitsrecht:

Eine grundrechtliche Verankerung des Grundsatzes der gesetzmäßigen Verwaltung wird heute allenthalben anerkannt. Streitig ist, durch welche Gesetzesbestimmung ihm Ausdruck verliehen ist. Anschütz ist der Ansicht, daß Artikel 114 Abs. 1 S. 2 [1]) einen Anspruch gewähre auf Unterlassung aller Verwaltungsakte, welche ohne gesetzliche Grundlage in irgendwelche Betätigungsmöglichkeiten der persönlichen Freiheit eingreife. Thoma, als Vertreter der anderen Ansicht, meint, das allgemeine Persönlichkeitsrecht auf Freiheit sei Bestandteil eines jeden Verfassungsbaues. *Mit der Verfassung geboren* sei es *das* Grundrecht, ohne als solches in der Verfassung genannt zu sein [2]). Es wird auch von dem impliziten, „*natürlichen*" Freiheitsrechte gesprochen. Gerade auf Grund unserer Untersuchung können wir feststellen, daß nach geschichtlicher Auslegung keine der Anschauungen gerechtfertigt ist. Wir konnten darlegen, daß die materiell-grundrechtliche Begründung des „Prinzips der gesetzmäßigen Verwaltung" nicht mit Schaffung des ersten Verfassungsbaues 1850 erfolgt ist. Das „Recht auf Freiheit", das heute als *natürliches* Menschenrecht angesehen wird, ist wie diese Naturrechtsauffassung noch recht jungen Datums. Sie hat sich erst zu Beginn der 80er Jahre durchgesetzt.

Es ist also unrichtig, wenn man aus dem (angeblichen) Grundsatze, das allgemeine „natürliche" Freiheitsrecht sei ein geborener Bestandteil eines jeden Verfassungsbaues, ein solches implizites Freiheitsrecht annehmen wollte. Gleichfalls ist die Auslegung des Art. 114 Abs. 1 Satz 2 [3]) verfehlt, derzufolge — ohne jede geschichtliche Einschränkung — die Geltung des Grundsatzes der gesetzmäßigen Verwaltung, dessen grundrechtliche Gestalt ja das allgemeine Freiheitsrecht ist, angenommen wird. Es ist dies der gleiche Auslegungsfehler, wie wir ihn bei dem entsprechenden Artikel 5 alte preußische Verfassungs-Urkunde feststellten.

Was läßt sich nun positiv über die Festlegung des „Prinzips" in der Reichsverfassung sagen? Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung, nach dem nur im Falle gesetzlicher Ermächtigung Eingriffe stattfinden dürfen, ist inzwischen in einem positiven Reichsverfassungssatze verankert worden. Das zum Gewohnheitsrecht verdichtete Postulat liberaler Gedankengänge, weitgehendeste Freiheit vom Staat zu genießen (die neue Rechtsstaatsauffassung), ist nicht mehr die alleinige Grundlage für die Geltung des Grundsatzes. Seine Rechtsgeltung ergibt sich mit Not-

[1]) Anschütz II: Zu Art. 114.

[2]) Thoma Festschrift (II).

[3]) Art. 114 Abs. 1: Die Freiheit der Person ist unverletzlich. Eine Beeinträchtigung oder Entziehung der persönlichen Freiheit durch die öffentliche Gewalt ist nur auf Grund von Gesetzen zulässig.

wendigkeit aus der Tatsache der Volkssouveränität. Diese ist im Artikel 1 Satz 2 der Reichsverfassung verfassungsrechtlich festgelegt. Wenn es da heißt: „Die Staatsgewalt geht vom Volke aus“, so muß auch die Verwaltung, als Teil der Staatsfunktion, ihr jeweiliges Recht zum Tätigwerden vom Volke ableiten. Dieses Recht wird ihr in Gestalt gesetzlicher Ermächtigung erteilt. Ein selbständiges Eingreifen der Verwaltung durch generellen Polizeibefehl oder Individualakt in die Verhältnisse des Einzelnen ohne gesetzliche Grundlage würde gegen die Norm des Artikel 1 Abs. 2 verstoßen. Dafür, daß nun der verwaltenden Staatstätigkeit, namentlich der eigentlichen Zwangsgewalt, nicht zu großer Abbruch geschieht, sorgt Artikel 178 R. V. [1]).

Hervorzuheben ist, daß es in Artikel 1 Abs. 2 lediglich heißt, daß die Staatsgewalt „vom Volke“ ausgeht, nicht aber vom „deutschen Volke“. Es ist also bei jeder Art der Ausübung der Staatsgewalt [2]) ein Zurückführen auf das Volk als den ursprünglichen Gewaltenträger notwendig. Bei dieser Ableitung ist nicht Ermächtigung durch das Reichsvolk (und dessen Vertretung) das Alleinmögliche, es genügt bereits die des Staats-(Landes-)Volkes oder dessen erwählter Repräsentation [3]). Die Ableitung vom ursprünglichen Gewaltenträger in Gestalt landesgesetzlicher Ermächtigungen genügt dann nicht, wenn die Materie der reichsgesetzlichen Regelung vorbehalten ist. Da Artikel 1 Satz 2 dem Grundsatze der gesetzmäßigen Verwaltung mit Ausdruck verleiht, indem es bei Ausübung der Staatsgewalt Ableitung vom ursprünglichen Gewaltenträger (d. h. zumeist von dessen erwählter Vertretung, der gesetzgebenden Körperschaft) erfordert, enthält er das Verbot für die Polizei, selbständig handelnd einzugreifen. Er hält die bereits seit den 80er Jahren geltende, völlig allgemeine Beschränkung der Polizeigewalt aufrecht und gewährleistet somit das Recht des Einzelnen auf Freiheit gegenüber allen nicht gesetzmäßigen Verwaltungseingriffen.

Aehnlich wie wir für die alte Preußische Verfassungsurkunde in Art. 62 ein individuelles Freiheitsrecht gegenüber der selbständigen Polizeiverordnungsgewalt erblickt haben, können wir in Artikel 1 Satz 2 die positive Festlegung des (jetzt) allgemeinen Freiheitsrechtes annehmen. Dieses materielle Grundrecht braucht ja nicht in Teil II der R. V. aufgeführt sein und auch nicht in seinem Wortlaut die Form eines subjektiven Rechtes haben, da es sich hier um Gewinnung des inhaltlichen Grundrechtsbegriffs handelt. Wir konnten feststellen, daß es Hauptbedeutung der ersten Grundrechte war, die Freiheit vom Staate durch Schaffung

[1]) Art. 178 „Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871 und das Gesetz für die vorläufige Reichsgewalt . . . sind aufgehoben (Abs. 1. Abs. 2 Satz 1: Die übrigen Gesetze und Verordnungen des Reichs bleiben in Kraft, soweit ihnen diese Verfassung nicht entgegensteht.

[2]) Staatsgewalt selbst ist einheitlich; nur ihre Ausübung läßt sich teilen. Ein häufiger Fehler!

[3]) Das Problem des Staatencharakters der deutschen Länder kann hier nicht behandelt werden.

einzelner Freiheitskreise auszusprechen, und damit einen bisher unbekannten Rechtszustand zu begründen. Wenn Art. 1 Satz 2, wie wir nachwiesen, als positive Grundlage des „Prinzips der gesetzmäßigen Verwaltung" angesehen werden kann, so ist es im Hinblick auf den erforschten ursprünglichen Charakter der Grundrechte nicht einzusehen, daß er nicht zugleich der subjektiv-rechtlichen Seite des „Prinzips" Ausdruck geben könnte, d. h.: Daß Art. 1 Satz 2 das materielle Grundrecht der allgemeinen Freiheit (vor nicht gesetzmäßigen Eingriffen) enthält. Dies möchten wir behaupten, zumal eine positive Festlegung des Freiheitsgrundrechtes, das man allgemein als heutigen Verfassungsgrundsatz geltenden Rechtes ansieht, anderweit nicht nachzuweisen ist.

Art. 114 Abs. 1 Satz 2 muß, wie dargelegt, unberücksichtigt bleiben, so daß man höchstens eine Fortdauer des früheren Rechtszustandes annehmen könnte; auch in der preußischen Verfassungsurkunde von 1850 galt nach der Rezeption der 70er Jahre das Freiheitsrecht als ungenannter Verfassungsbestandteil. Diese Lösung möchten wir jedoch nur als eine hilfsweise ansehen, die Auslegung von Art. 1 Satz 2, wie wir sie vornahmen, schafft ja eine positive Rechtsgrundlage.

Zu C): Neben diesem Freiheitsrecht, dem kasuistisch jedes Unterlassungsrecht in der Verfassung — ohne Rücksicht auf seine besondere Geltungskraft — Ausdruck gibt, werden die Unterlassungsrechte mit stärkerem Sondervorbehalt zur besonderen Grundrechtsgattung erhoben. Wiewohl diese „stärker als gesetzeskräftigen Freiheitsrechte" sich gegen den Gesetzgeber (mindestens gegen den Landesgesetzgeber) richten, können sie doch auch als besondere Art der Grundrechte gegen die Verwaltung gelten: Die Schranke, die durch das allgemeine Freiheitsrecht gegenüber polizeilichen Eingriffen um sämtliche Betätigungskreise und Verhältnisse des Einzelnen gezogen ist, kann, wie wir für Preußen bis 1918 bereits feststellen konnten, von der Polizei auf Grund ihrer Generalermächtigung in § 10 II 17 überwunden werden. Durch die reichsgesetzes- und verfassungskräftigen besonderen Freiheitsrechte wird für die bestimmten garantierten Kreise die Polizeigewalt, wie sie durch § 10 II 17 begründet ist, zurückgedrängt. In dem allgemeinen Freiheitskreise werden besondere Freiheitsgebiete sichergestellt. Durch diese wird die Polizei der Eingriffsgewalt insoweit beraubt. Sie ist angehalten, sich neue Ermächtigungen zu verschaffen. Thoma läßt diejenigen Grundrechte des negativen Standes, die die betr. Freiheit reichsgesetzeskräftig sicherstellen, als besondere Grundrechtsgattung erscheinen. Zu dieser Klasse der Grundrechte zählt Thoma noch gewisse reichsgesetzliche Normen, die in der Reichsverfassung selbst nicht enthalten sind, nämlich: Die einschlägigen Bestimmungen des Freizügigkeitsgesetzes, des Reichsvereins- und Reichspreßgesetzes, sowie der Reichsgewerbeordnung. Wir haben bei der Entwicklung des konstitutionellen Verfassungsrechtes dieser Gesetze keine Erwähnung getan, weil sie als Grundrechte nicht zu werten sind. Thoma beruft sich für seine Klassifikation auf die geschichtliche Entwicklung des

reichsdeutschen Staatsrechts: In den beiden Verfassungen des norddeutschen Bundes wie des deutschen Kaiserreiches sei von der Aufstellung eines Grundrechtskataloges Abstand genommen. Diese Unterlassung angesichts einer liberalen Mehrheit sei nur daraus zu erklären, daß man besondere Freiheitsverbürgungen gegenüber der Landesgewalt in Sonderreichsgesetzen in Aussicht stellte. Bei materieller Begriffsbestimmung müßte daher den nunmehr ergangenen obengenannten Bestimmungen der Name „Grundrecht" zugewiesen werden. Wir müssen dieser Auffassung in Bezug auf das frühere wie auf das heutige Recht widersprechen, da dies nur zu einer Verwässerung des Grundrechtsbegriffs führt, die Thoma gerade vermeiden will. Jedes Reichsgesetz enthält schließlich für die Materie, die es regelt, eine Freiheitsverbürgung gegenüber der Landesgesetzgebung und die eingreifende Verwaltung, die sich auf landesgesetzliche Ermächtigungen beruft. Diese besondere Art von Unterlassungsrechten ergibt sich mit Notwendigkeit aus dem Bundesstaatscharakter der deutschen Länder. Die in die Verfassung aufgenommenen Verfassungsrechte, die eine Freiheit mit Reichsgesetzeskraft garantieren, unterscheiden sich von Freiheitsrechten in einfachen Reichsgesetzen dadurch, daß der durch sie ausdrücklich gewährleistete Freiheitskreis als Rechtsinstitut eigener Art nur mit doppelt qualifizierter Mehrheit des Art. 76 R. V. gänzlich aufgehoben werden kann (zu unterscheiden sind davon die „Durchbrechung" und „Außer-Kraftsetzung" eines Grundrechtsartikels). Dieses Merkmal der Institutionsgarantie erscheint für den Grundrechtscharakter eines besonderen Freiheitsrechtes entscheidend. Es geht nicht an, daß man einfachen Reichsgesetzen, die schließlich wie jedes Reichsgesetz eine Freiheitsverbürgung gegen Landesgesetzgebung und Verwaltung enthalten, und die wiederum durch einfaches Reichsgesetz aufgehoben werden können, den Charakter von „Grundrechten" zumißt. Der wirkliche Grund- und Urrechtscharakter beruht darin, daß der verbürgte Freiheitskreis als besonders anerkanntes Rechtsinstitut an der gesteigerten Geltungskraft der Reichsverfassung teilhat.

Wir kommen also zu folgendem Ergebnis hinsichtlich der Grundrechte des negativen status: Grundrechte sind die sogenannten Freiheitsverbürgungen ersten und zweiten Grades (letztere auf Grund des Art. 48 R. V. außerkraftsetzbar), ferner die Freiheitsverbürgungen mit Reichsgesetzeskraft und schließlich das allgemeine Freiheitsrecht, dem die „nur gesetzeskräftigen Grundrechte" beispielhaft Ausdruck verleihen. Die letzteren Freiheitsverbürgungen sind aber nicht, wie oft dargestellt, „völlig leerlaufend", denn auch sie genießen die Institutsgewähr im Schutze des Art. 76 R. V.

§ 7.

a. Es muß einer besonderen Abhandlung vorbehalten sein, die Bestimmungen, die die Polizei gegenüber den besonderen Freiheitsverbürgungen zum Eingreifen berechtigen, nach allen einzelnen Voraussetzungen zusammenzustellen. Hier kann nur auf den Inhalt der

wichtigsten Kommentare zur Reichsverfassung verwiesen werden. Die polizeilichen Ermächtigungen selbst können nur kurzstreifend Erwähnung finden.

Unter der Voraussetzung, daß öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört sind, gewährt der Artikel 48 R. V. dem Reichspräsidenten das Recht, durch Verfügung oder Verordnung in die sonst grundrechtlich geschützten Freiheitskreise des Einzelnen einzugreifen. Vor allem ist dadurch das allgemeine Freiheitsrecht betroffen. Die „Maßnahmen", die der Reichspräsident treffen kann, sind hinsichtlich der besonderen Grundrechtsdurchbrechungen auf die in Art. 48 Abs. 2 Satz 2 aufgeführten Grundrechte beschränkt [1]). Der weitere Eingriff, der dem Reichspräsidenten durch den Artikel 48 zugestanden wird, besteht in der vorübergehenden Außerkraftsetzung der fünf genannten Grundrechte. Diese „Maßnahme" wirkt sich vor allem in den erweiterten Eingriffsbefugnissen der Behörden aus. Darüber weiter unten. Auch die Ermächtigung im Art. 48 Abs. 4 bedeutet inhaltlich die Ueberwindung grundrechtlicher Stellungen durch die Polizeigewalt in der Person der Landesregierungen, die danach zu Eingriffen ermächtigt werden. Sie handeln dabei als Reichsorgane [2]). Im übrigen vgl. hinsichtlich der Auslegung des Art. 48 und der übrigen Polizeiermächtigungen, die die grundrechtlichen Sicherungen überwinden, die Ausführungen der Hauptkommentatoren zu dem Artikel [3]). Artikel 55 der preußischen Verfassung gewährt dem preußischen Staatsministerium im Zusammenwirken mit dem Verfassungsausschuß Eingriffsbefugnis in das gesetzeskräftig sichergestellte Freiheitsgebiet, und zwar in Gestalt eines Notverordnungsrechtes [4]).

Das allgemeine Freiheitsrecht wird, im Anschluß an den Rechtszustand vor dem Inkrafttreten der Weimarer Verfassung, allgemein überwunden durch die Polizeiermächtigung des § 10 II 17 in Verbindung mit den Gesetzen über die Behördenorganisationen. Dieser Rechtssatz müßte bereits genügen, um Eingriffe auch dann vorzunehmen, wenn der, in dessen Freiheitssphäre eingegriffen werden soll, einen polizeiwidrigen Zustand nicht verschuldet hat. § 10 II 17 gibt ja die Vollmacht zum Ergreifen aller der Anstalten, die zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung notwendig sind. Man hat sich wohl, mindestens im Unterbewußtsein, nicht von einer gewissen bürgerlich-rechtlichen Vorstellung freimachen können, indem man für diesen Fall einen besonderen Verpflichtungsgrund des Einzelnen für ein belastendes Handeln

---

[1]) A. M. Carl Schmitt in: Veröfftl. der Staatsrechtslehrertagung 1924 S. 63 ff als Hauptvertreter.

[2]) Vgl. Anschütz II zu Art. 48.

[3] Anschütz II, Giese: Die R. V. vom 11. August 1919 VII. Aufl. 1926; Bredt: Der Geist der deutschen Reichsverfassung 1924; Meißner: Das Staatsrecht des Reiches und seiner Länder 1923; Poetzsch-Heffter: Handkommentar der Reichsverfassung vom 11. August 1919. 3. Aufl. 1928.

Vgl. ferner Apelt, „Ausnahmeverordnung und Notverordnung" in Juristische Wochenschrift J. W. Heft 11 Jahrg. 1931 S. 698 und Grau: Oefftlr. Abhandlung 5. Heft.

[4]) Näheres bei Waldecker, Pr. Verf. zu Art. 55.

seitens der Polizei als nötig ansah. Aus diesem Grunde bedurfte man wohl trotz des deckenden Inhalts von § 10 II 17 noch der besonderen Notstandsvorschrift des § 74 Einleitung A. L. R. Diese Gesetzesbestimmung ist gleichfalls in das Verzeichnis der Polizeiermächtigungen aufzunehmen. Die Unterscheidung von polizeipflichtigen Personen auf Grund persönlicher und dinglicher Haftung wegen polizeiwidrigen Zustandes oder Verhaltens einerseits und die Notstandsverpflichtung andererseits wird auch im neuen Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931 aufrecht erhalten: § 21 stellt die Verankerung dieses besonderen Grundsatzes und entspricht der Ermächtigung von § 74 Einleitung A. L. R. [1]). Die in Art. 114 nur gesetzeskräftig gewährleistete Bewegungsfreiheit wird nicht auf Grund des § 10 II 17, sondern des § 6 des Gesetzes zum Schutze der persönlichen Freiheit vom Februar 1850 überwunden. Die Richtigkeit dieser Rechtsauffassung, die materiellrechtlich kein Unterschied zu der anderen bedeutet, vertritt Köttgen [2]) im Gegensatz zu Giese, Poetzsch-Heffter, Anschütz usw. Sie wird belegt durch die bereits dargelegte geschichtliche Entwicklung [3]). Die allgemeine Ermächtigung des § 10 II 17 gegenüber Art. 118 ist insofern eingeschränkt, als eine Beschränkung der Meinungsäußerung durch die Presse i. S. von § 2 R. Pr. G. unzulässig ist, wenn sie sich auch im Rahmen von § 10 zit. bewegt. Zur Ueberwindung dieses Rechts vgl. Reichspreßgesetz von 1874. An besonders aufgeführten Freiheitsrechten wird noch Art. 153 Abs. 1 und 3 durch die allgemeine Polizeiermächtigung überwunden. Im übrigen sind die grundrechtlichen Sicherungen „polizeifest" [4]), d. h. Einschränkungen hat die Reichsverfassung lediglich sich selbst oder der Reichsgesetzgebung vorbehalten, die Ermächtigung von § 10 II 17 reicht nicht aus. Insofern ist durch die Grundrechte der Reichsverfassung die bis zum Jahre 1919 bestehende Polizeigewalt zurückgedrängt worden. Es kann hier, wie schon hervorgehoben, nicht mehr im einzelnen erörtert werden, auf Grund welcher besonders ergangener Polizeiermächtigungen diese grundrechtliche Sicherstellung überwunden wird. Auf die einschlägigen Reichsgesetze wird nochmals verwiesen.

b) Abgesehen von den unter a) angeführten polizeilichen Ermächtigungen positiv-rechtlicher Art, weist die Entscheidung in R. G. Z. 117, S. 139 ff. auf die Möglichkeit einer weiteren Eingriffsbefugnis der Polizeibehörde hin. Der reichsgerichtlichen Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

In politisch unruhiger Zeit, während deren es in Hannover zu Unruhen gekommen war, fordert die N. A. Zeitung daselbst zu Gewalt-

---

[1]) Vergl. Kerstiens a. a. O. S. 217.

[2]) Köttgen in: Art. 114 in Nipperdey's Handbuch.

[3]) Das genannte Gesetz trat inzwischen am 1. Oktober auf Grund des neuen Pol. Verw. Ges. außer Kraft. Die ausdrückliche Benennung und Aufhebung läßt schließen, daß die Gesetzesredaktoren es bisher als Grundlage zur Ueberwindung des Art. 114 R. V. angesehen haben.

[4]) Anschütz II S. 457.

tätigkeiten auf. Der Polizeipräsident ordnet auf Anweisung des Oberpräsidenten Beschlagnahme sämtlicher fertiger, sowie in Druck befindlicher Druckschriften an und bewirkt ferner, daß die Druckmaschinen zur Verhütung weiterer strafbarer Handlungen verwendungsunfähig gemacht werden. Diese Maßnahmen werden von der Polizeibehörde getroffen und die Zeitung wird von ihr verboten. Das Reichsgericht gibt in der Begründung zu, daß die Betätigungsmöglichkeit der Polizei durch die Sondervorschrift des Preßgesetzes begrenzt sei. Der Staat habe sich selbst und seinen Organen rechtliche Schranken gezogen, deren Ueberschreitung rechtswidrig sei, es wäre denn diese Rechtswidrigkeit wieder durch andere Normen ausgeschlossen. Dieses wäre im vorliegenden Falle gegegeben. Der Beamte habe in Notwehr gehandelt, denn auch die Presse müsse sich — in Gemäßheit des Grundsatzes aus § 227 B. G. B. — die zur Abwehr eines gegenwärtigen, gesetzwidrigen Angriffs erforderliche Verteidigung gefallen lassen, wenn sie selbst als Werkzeug eines solchen dient [1]. Der Staat sei gegenüber Angriffen, auch wenn sie durch die Presse verübt werden, nicht auf die Maßnahmen beschränkt, die das betreffende Gesetz, d. h. hier das Preßgesetz, vorsieht, wenn Notwehr gegenüber Angriffen auf Staatsgüter überhaupt zulässig sei. Dies sei nicht zu bezweifeln.

Wir möchten einen anderen Standpunkt vertreten. Durch die Schaffung des Artikels 48 hat der Reichsverfassungsgeber den Fall ausdrücklich vorgesehen, daß außergewöhnliche rechtswidrige Angriffe die Rechtsgüter des Staates bedrohen. Notwehrmaßnahmen hat er im Rahmen des Artikels 48 allein dem Reichspräsidenten (hilfsweise den Landesregierungen) zugeschrieben. Dieser kann ja die Ausübung der Rechte delegieren und so die Behörden an dem Notwehrrecht teilhaben lassen. Setzt er die grundrechtlichen Schranken außer Kraft, so handelt die untere Behörde so, als seien die grundrechtlichen Schranken nicht mehr vorhanden. Die Behörde ist nicht mehr an die zu den Grundrechten gehörenden Ausführungsgesetze (Preß-, Vereinsgesetz, St. P. O. und deren Schranken), sowie an § 10 II 17 gebunden, sondern handelt nur nach ihrem freien Ermessen, das lediglich nach dem Zweck der Maßnahme, Wiederherstellung der Sicherheit und Ordnung, zu handhaben ist [2]. Damit entfallen auch die für § 10 II 17 entwickelten Grundsätze, wie sie Drews in seinem Leitfaden zusammenfassend darlegt. Mit diesen vorgesehenen Ermächtigungen hat der Verfassungsgesetzgeber bereits alle Möglichkeiten ins Auge gefaßt und weitgehendeste Ermächtigung zur Ausübung eines Notwehrrechtes erteilt. Wenn darüber hinaus ein Notwehrrecht in Anlehnung an die bürgerlich-rechtliche Vorschrift des § 227 B. G. B. zugelassen würde, sodaß die untere Behörde sogar darüber entscheiden könnte, ob dieser Fall vorliegt, so wären die grundrechtlichen Sicherungen, wie sie auch aus den Ausführungs-

[1] R. G. Z. Bd. 117 S. 142.

[2] R. G. Str. Bd. 59 S. 46, Anschütz II S. 252.

gesetzen näher hervorgehen, bedeutungslos [1]). Eine Rechtsanwendung i. S. dieses Reichsgerichtsurteils muß daher wegen offenen Widerspruchs mit dem Willen des Gesetzes abgelehnt werden. Die grundrechtlichen Freiheiten sind ohnedies noch viel zu schwach gesichert. Das zu ihrer Sicherung unbedingt notwendige Reichsverwaltungsgericht, dessen Schaffung die Reichsverfassung in Art. 107 bereits vor 12 Jahren vorsah und anbefahl, ist noch immer nicht geschaffen. Ueber Entwürfe zu seiner Errichtung ist man bisher nicht herausgekommen.

---

[1]) Vgl. auch Häntzschel in der Besprechung des Urteils. J. W. 1927 Bd. 3 S. 1992.

Lebenslauf.

Ich wurde als Sohn des Fabrikanten Ludwig Brieger und seiner Ehefrau Minna am 19. Juni 1909 in Breslau geboren. In Münsterberg i. Schles., dem Wohnsitz meiner Eltern, trat ich Ostern 1915 in die evangelische Seminarübungsschule ein. November 1915 starb mein Vater. Ostern 1918 wurde ich in die Sexta der „Höheren Knabenschule Münsterberg“ aufgenommen. Ab Ostern 1923 besuchte ich das Realgymnasium am Zwinger in Breslau. An dieser Anstalt bestand ich Ostern 1927 die Reifeprüfung. Ich belegte dann für 2 Semester Rechtswissenschaft und Leibesübungen an der Friedrich-Wilhelm-Universität in Breslau, ab Sommersemester 1928 die gleichen Gebiete an der Philipps-Universität zu Marburg/L. Im Februar 1929 bestand ich die staatliche Prüfung als Turn- und Sportlehrer. Am 1. November 1930 legte ich die erste juristische Staatsprüfung in Kassel ab. Ich bin z. Zt. dem Landgericht in Glatz zur Ausbildung als Gerichtsreferendar überwiesen. Am 14. November 1931 promovierte ich vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät zu Marburg. Anregung zur vorstehenden Arbeit fand ich im öffentlich-rechtlichen Seminar, das Herr Professor Dr. Genzmer abhielt. Für die Schulung, die wir, seine Hörer, dort und in sonstigen Vorlesungen erhalten haben, möchte ich an dieser Stelle Herrn Professor Dr. Genzmer ergebenst danken. Dieser Dank bezieht sich auch darauf, daß es mir unumschränkt gestattet war, in der Doktorschrift u. a. Ansichten zu vertreten, die der Lehrmeinung des Herrn Berichterstatters nicht entsprechen.